Inwieweit gilt der Grundsatz ne bis in idem bei dem fortgesetzten und beim Kollektivdelikt?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

zu Rostock

Vorgelegt von

Kurt Waller

Gerichtsreferendar

aus Vaihingen/Fildern (Wttbg.)

1933

Buchdruckerei Karl Scharr, Vaihingen a. F.—Stuttgart.

Referent: Professor Dr. Hellmuth Mayer
Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

Inhalts-Verzeichnis

Seite

Literatur-Verzeichnis . . . . . : 7

I. Abschnitt: **Grundlagen.**

§ 1. Die Bedeutung des Grundsatzes ne bis in idem 11
§ 2. Die gesetzliche Anerkennung des Grundsatzes. 11
§ 3. Der Grundsatz ne bis in idem und die Rechtskraft. 13
§ 4. Der Rechtsgrund des ne bis in idem. 14
§ 5. Die Rechtskraft des Strafurteils. 17
§ 6. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Grundsatzes 24
1. Formelle Voraussetzung: Entscheidung des Strafrichters.
a) Urteile. 24
b) Beschlüsse. 25
c) Der amtsrichterliche Strafbefehl. 25
2. Materielle Voraussetzungen: Identität der Parteien und Identität der Tat. . . . . : : : 29
§ 7. Die Identität der Tat. . . . . : : : : 29

II. Abschnitt: **Der Grundsatz ne bis in idem bei dem fortgesetzten und beim Kollektivdelikt.**

§ 8. Das fortgesetzte und das Kollektivdelikt. 33
I. Das fortgesetzte Delikt. 33
II. Das Kollektivdelikt. 35
§ 9. Ne bis in idem und das fortgesetzte Delikt. 36
Einzelfälle:
1. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen fortgesetzten Delikts. . . . . : 38
2. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf fortgesetztes Delikt bezw. mehrere selbständige Handlungen. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen mehrerer selbständiger Handlungen. 40
3. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen eines Einzeldelikts. 42
4. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf fortgesetztes Delikt, das Urteil lautet auf Freisprechung. 45
5. Das frühere rechtskräftige Urteil hat die Aburteilung der dem späteren Richter vorliegenden Fälle ausdrücklich abgelehnt, weil sie nach Ansicht des früheren Richters im Verhältnis zu den abgeurteilten selbständige Handlungen darstellen. 49
§ 10. Ne bis in idem und das Kollektivdelikt. 50
Einzelfälle:
1. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen Kollektivdelikt (Tatbestandsmerkmal oder Qualifikationsgrund). 52

2. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf Kollektivdelikt (Qualifikationsgrund), die Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen einer oder mehrerer einfacher strafbarer Handlungen. 55
3. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf Kollektivdelikt (Tatbestandsmerkmal), das Urteil lautet auf Freisprechung. 57
4. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf Kollektivdelikt (Qualifikationsgrund), das Urteil lautet auf Freisprechung. 59

§ 11. Ergebnis. 62

Literatur-Verzeichnis.

Barbarino: Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkung. Erl. Diss. 1902.

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht (1928) zit. DRStPR.

Bennecke: Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts 1895.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 2. Auflage 1900. zit. Ben.-Beling.

Berner, A. F.: Non bis in idem, in Goltdammers Arch., Bd. III, S. 472 ff. 1855.

Berner, A. F.: Das Non bis in idem gegen auswärtige Strafurteile in Ger. S. 18 S. 31 ff. 1866.

Berner, Max: Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß. 1891.

Binding: Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts 5. Aufl. 1904.

Binding: Das rechtskräftige Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen. In „Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen" Band II, S. 303 ff. zit. Binding, Abh. II; ebenso in „Der Rechtsgang" Bd. II 1916, S. 1 ff.

von Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht, 1898.

Birckel: Die Identität der Tat im Strafrecht. Freib. Diss. 1906.

Bockshammer: Ueber die Anwendung des Grundsatzes „Ne bis in idem" auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts. Tüb. Diss. 1896.

Borgmann: Die Identität der Tat. Gött. Diss., 1891.

Doerr: Das fortgesetzte Delikt. Ger. S. Bd. 71, Beilageheft, 1908.

Dohna, Graf zu: Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1925.

Düwel: Der Grundsatz ne bis in idem im Strafverfahren. Rost. Diss. 1926.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichs-Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 1929, zit. Leipz. Komm.

Eichhorn: Non bis in idem und das Reichsgericht. Ger. S. Bd. 38, S. 401 ff.

Farnbacher: Der Begriff des sogenannten fortgesetzten Verbrechens und seine juristischen Konsequenzen, insbesondere die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem. Erl. Diss. 1896 und Ger. S. Bd. 54, S. 386 ff.

Feisenberger: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1926.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.

Gerland: Der deutsche Strafprozeß, eine systematische Darstellung. 1927.

Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. 1880.

Glaser: Handbuch des Strafprozesses, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. I 1883, Bd. II 1885, zit. Glaser, Handb.

Glaser: Der Verbrauch der Strafklage nach deutschem Strafprozeßrecht. Zeitschr. des privaten und öffentlichen Rechts, herausgegeben von Grünhut Bd. 12, S. 303 ff.; zit. Glaser.

Goldschmidt: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1929 (Kohlrausch-Kaskelsche Enzyklopädie).

Goldschmidt: Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht) S.A. Festgabe Hübler 1905.

Hahn: Die gesammelten Materialien zur Strafprozeßordnung. 1880.
Hahne: Die Lehre von der Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Tüb. Diss. 1929.
Hefftter: Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung 1873.
Honig: Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit. 1925.
Höpfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung Bd. I 1901; Bd. II 1908, S. 150 ff. Bd. II zit. Höpfner a.a.O.
Keetsin-Liu: Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht. Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 51, S. 221 ff.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.
Köhler: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917.
John: Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. II, 1888; zit. John, a.a.O. Bd. III, 1, 1889.
Kohlrausch: Strafprozeßordnung, 22. Aufl. 1930.
Kohlrausch: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 30. Aufl. 1932.
Kohlrausch: Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz. Greifsw. Diss. 1899, zit. Kohlrausch, Idealkonk.
Kopkow: Rechtskraft und Rechtskraftfähigkeit. Königsb. Diss. 1928.
von Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.
Kroschel: Die Rechtskraft der Urteilsgründe. Ger. S. Bd. 53, S. 408 ff.
Küßner: Non bis in idem. Goltdammers Arch. Bd. III, S. 198 ff.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. III, 5. Aufl., 1913.
von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927; zit. Liszt-Schmidt; 26. Aufl. 1932, Bd. I.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1929.
Lucas: Anleitung zur strafrechtlichen Praxis I. Teil: Das formelle Strafrecht, 4. Aufl. 1913.
Mayer, Hellmuth: Der amtsrichterliche Strafbefehl. Ger. S. Bd. 98, S. 330 ff.; Ger. S. Bd. 99, S. 36 ff.; bes. S. 104 ff.; zit. Hellmuth Mayer, Strafb.
Mayer, Hellmuth: Das Strafbefehlsverfahren. Ger. S. Bd. 96, S. 397 ff.; zit. Hellmuth Mayer, Vortrag.
Mayer, Hellmuth: Die konstruktiven Grundlagen des Wiederaufnahmeverfahrens und seine Reform. Ger. S. Bd. 99, S. 299 ff.; zit. Hellmuth Mayer, Wiederaufnahme.
Mayer, Max Ernst: Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts. 1915.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919.
Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1933.
Neuburger: Das fortgesetzte Verbrechen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erl. Diss. 1896.
Oetker: Strafentscheidungen unter Verletzung des ne bis in idem und ihre Bekämpfung durch außerordentliche Nichtigkeitsbeschwerde. In „Der Rechtsgang" Bd. I, Heft 1, S. 12 ff., 1913.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I, II, 11. Aufl. 1927.
Ortloff: Ne bis in idem. Goltdammers Arch. Bd. 26, S. 186 ff.

Pfizer: Ne bis in idem, ein Rechtsstreit. Ger. S. Bd. 40, S. 335 ff.
Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. 1844.
Rathenau: Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. Berl. Diss. 1896.
Reiffel: Ne bis in idem. Goltdammers Arch. Bd. 42, S. 89 ff.; Bd. 44, S. 129 ff.
Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß. 4.—5. Aufl., 1912.
Rosenfeld: Deutsches Strafprozeßrecht. Bd. I und II. 1926, Samml. Göschen; zit. Dt.StrPrR.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl. 1929.
Schanze: Die Rechtskraft des Strafurteils. ZStW. Bd. 4, S. 437 ff.
Schlosky: Der Verbrauch der Strafklage. Goltd. Arch. Bd. 71, S. 285 ff., S. 327 ff.
Schwinge: Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung. ZStW. Bd. 52, S. 203 ff.
Stenglein: Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1889.
Ullmann: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.
Wachenfeld: Theorie der Verbrechenskonkurrenz. 1893.
Zitzlaff: Die strafprozessuale Rechtsregel ne bis in idem im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts. Goltd. Arch. Bd. 42, S. 208 ff.

I. Abschnitt: Grundlagen.

§ 1. Die Bedeutung des Grundsatzes ne bis in idem.

Der Strafprozeß dient in seiner heutigen Gestalt vornehmlich der Feststellung des staatlichen Straf-Rechts (Strafanspruch). Diese Feststellung wird von den staatlichen Gerichten unter Mitwirkung der Parteien grundsätzlich in Form eines Urteils getroffen. Der Anspruch des Staates auf Strafe entsteht zwar schon mit der rechtswidrigen schuldhaften Verwirklichung eines strafrechtlichen Tatbestandes[1]). Das Verbrechen bedarf jedoch der Feststellung innerhalb eines rechtlich geregelten Verfahrens, um eine willkürliche Handhabung der Strafgewalt des Staates zu vermeiden. Ist aber die Schuld festgestellt und die Strafe als deren Folge festgesetzt, kann nunmehr die Vergeltung durch Vollstreckung der Strafe erfolgen, so ist dem staatlichen Interesse Genüge getan und eine nochmalige Verfolgung des Angeklagten wegen derselben Tat ist unzulässig, auch wenn infolge neuer tatsächlicher oder rechtlicher Umstände die Tat mit höherer oder schwererer Strafe hätte belegt werden müssen. Diesen Grundsatz der Unzulässigkeit einer nochmaligen Strafverfolgung bezeichnet man mit ne bis in idem.

Dieses Verbot der Wiederholung der Strafklage kann aber erst wirksam werden, wenn die Tatsachenfeststellung eine endgültige ist, d. h. wenn das Urteil unanfechtbar geworden ist (formelle Rechtskraft). Der Grundsatz ne bis in idem stellt somit eine Rechtskraftwirkung dar[2]). In ihm verkörpert sich zugleich der rechtsstaatliche Gedanke der Rechtssicherheit und der Rücksichtnahme auf die persönliche Freiheit des Beschuldigten[3]).

§ 2. Die gesetzliche Anerkennung des Grundsatzes.

Die Strafprozeßordnung enthält keine unmittelbaren Bestimmungen über die materielle Rechtskraft[4]), der Grundsatz ne bis in idem ist daher unmittelbar aus dem Gesetzestext nicht zu entnehmen. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber Begriff und Wesen der materiellen Rechtskraft als feststehend vorausgesetzt und den Grundsatz ne bis in idem als selbst-

---

[1]) Vgl. Binding, Abh. Bd. II, S. 273 ff.

[2]) Vgl. Beling, RStrPr., S. 265.

[3]) Vgl. Hellmuth Mayer, Strb. S. 112 Anm. 25, S. 55; Waufn. S. 302, 305, RG 66,20.

[4]) §§ 316, 343, 359, 362, 410, 449 StPO. beziehen sich ausschließlich auf die formelle Rechtskraft.

verständlichen Inhalt einer neuen Straßprozeßordnung angenommen hat, der deshalb nicht ausdrücklich im Gesetz aufgeführt zu werden brauchte[1]). So begnügte sich der Gesetzgeber mit der Schaffung der Möglichkeit, diesen Grundsatz uneingeschränkt zur Anwendung bringen zu können (§ 264 StPO.)[2]).

Das Reichsgericht stützt denn auch auf § 264 in V. mit §§ 265, 155 StPO. sowohl Geltung als Umfang der materiellen Rechtskraft[3]). In Wahrheit kommt aber das Verbot der Wiederholung der Strafklage in § 264 StPO. nicht zum Ausdruck[4]). Diese Vorschrift besagt, daß der Richter befugt und verpflichtet ist, über die Tat zu entscheiden; der Richter soll aus diesem Grunde an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden sein (§ 264 Abs. 2 StPO.). Weiterhin betrifft diese Vorschrift nur das Verhältnis zwischen dem Eröffnungsbeschluß und dem Urteil (Gegenstand der Urteilsfindung). Maßgeblich ist aber für die Geltung des Grundsatzes ne bis in idem, ob, wenn das rechtskräftige Urteil das historische Vorkommnis in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung nicht erschöpfend festgestellt hat, eine neue Klage zulässig sein soll. Aus einer Vorschrift, welche die Anwendung eines Grundsatzes ermöglichen soll, kann die Geltung des Grundsatzes nicht entnommen werden; § 264 StPO. hat also die Geltung des Grundsatzes ne bis in idem zur Voraussetzung.

Die Anwendung dieses Grundsatzes erfordert ein rechtskräftiges Urteil; seine Geltung kann also nur aus Vorschriften entnommen werden, welche die Frage regeln, ob überhaupt und in welchen Fällen eine erneute Strafklage wegen derselben Tat nach Rechtskraft des Strafurteils zulässig ist. In Frage kommen hiernach die Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens[5]).

---

[1]) Vgl. Binding Abh. Bd. II S. 306, 307.

[2]) Vgl. Hahn, Motive zu § 263 des Entw. S. 207.

[3]) Vgl. z. B. RG. 56, 325.

[4]) § 264: Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt.

Das Gericht ist an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden.

[5]) Vgl. Hellmuth Mayer, Strafb. S. 113. Ebenso von Kries, S. 594, a.a.O.; Beling, R.St.Pr. S. 268 Birkmeyer, a.a.O., S. 682, 683; RG. 66,20.

Andere Vorschriften, in denen die gesetzliche Anerkennung des Grundsatzes gesehen wird, sind: § 260 StPO., die Vorschriften über Rechtsmittelfristen, §§ 5 Ziff. 1,7 StGB., vgl. hierzu von Kries, a.a.O., S. 594; Birkmeyer, a.a.O. 683, Kohlrausch, Idealkonk. S. 54; Heffter, a.a.O., S. 25; Eichhorn, a.a.O. S. 402, 405.

Nach § 362 StPO. findet die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten nur in den in Ziff. 1—4 bezeichneten Fällen statt. Insbesondere ist demnach eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zulässig aus dem Grunde einer anderweiten rechtlichen Beurteilung der bereits rechtskräftig abgeurteilten Tat. Daraus ist zu folgern, daß grundsätzlich eine bereits abgeurteilte Tat nicht noch einmal zum Gegenstand einer Aburteilung gemacht werden kann[1]). Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist somit eine Durchbrechung des Prinzips der formellen und *materiellen* Rechtskraft zugunsten der materiellen Wahrheit.

§ 3. Der Grundsatz ne bis in idem und die Rechtskraft.

Der Verbrauch des Strafklagerechts setzt eine rechtskräftige Entscheidung voraus. Für das Erlöschen dieses Rechts ist aber weiter erforderlich, daß der Staat davon in vollem Umfang Gebrauch gemacht hat, d. h. daß der Strafanspruch verneint oder bejaht wurde. Daher hat die Folge der Rechtshängigkeit, daß ein zweites Verfahren über dieselbe Tat nicht anhängig gemacht werden darf[2]), mit dem Grundsatz ne bis in idem nichts zu tun. Es ist jedoch unbedenklich mit dem Reichsgericht[3]) anzunehmen, daß es sich hierbei um einen dem ne bis in idem verwandten Grundsatz handle.

Eine Entscheidung ist rechtskräftig, wenn dadurch eine endgültige Feststellung getroffen wird; m.a.W. wenn die Entscheidung unabänderlich geworden ist. Diese Unabänderlichkeit fällt beim Urteil mit der Unanfechtbarkeit zusammen. Daher ist es zutreffend, zu sagen: Ein Urteil ist formell rechtskräftig, wenn es mit den in der StPO. genannten Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann (§§ 316, 343 StPO.[4]). Mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils ist der Prozeß erledigt. In dieser innerprozessualen Wirkung der Unabänderlichkeit erschöpft sich die formelle Rechtskraft[5]). Die Wirkung, die das rechtskräftige Urteil über den Prozeß hinaus ausübt, bezeichnet man mit materieller Rechtskraft[6]). Eine solche außerprozessuale Rechtskraftwirkung stellt vor allem der

---

[1]) Der Grundsatz ne bis in idem ist für die StPO. in unbestrittener Geltung; vgl. Löwe-Rosenberg, Vbm. zu § 151 N. 22a und die dort zit. Rspr. und Lit.
[2]) Vgl. Löwe-Rosenberg, Vbm. zu § 151 N. 19a.
[3]) Vgl. RG. 29,178; 41,108.
[4]) Vgl. Binding, Abh. Bd. II, S. 311 Anm. 11.
[5]) Vgl. Binding, Abh. Bd. II, S. 311; ähnl. Barbarino, a.a.O., S. 24, 25.
[6]) Vgl. Beling, RStPr. S. 265.

Grundsatz ne bis in idem dar, und so wird in der Regel die materielle Rechtskraft des Strafurteils mit ne bis in idem bezeichnet[1]).

Diese Rechtskraftwirkung ist negativer Art: Das Strafklagerecht ist verbraucht, es kann nicht von neuem geltend gemacht werden. Diese Bedeutung der materiellen Rechtskraft ist dem Zivilprozeß fremd. Materielle Rechtskraft im Zivilprozeß bedeutet: Das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte kann nicht mehr geltend gemacht werden (§ 191 I Satz 2 des Entw. I zum BGB.)[2]). Darum stellt die materielle Rechtskraft des Zivilurteils, anders als im Strafprozeß, kein Prozeßhindernis dar. Der Kläger ist nicht gehindert, seine Klage erfolgreich zu wiederholen, soweit ein Rechtsschutzbedürfnis zur Wiederholung gegeben ist. Während beim Zivilurteil die Fernwirkung positiver Art ist (Bindungswirkung), ist sie beim Strafurteil negativ (Ausschlußwirkung)[3]). Das Wesen der materiellen Rechtskraft des Strafurteils wird somit zutreffend mit ne bis in idem bezeichnet.

§ 4. Der Rechtsgrund des ne bis in idem.

Da die materielle Rechtskraft die formelle Rechtskraft zur Voraussetzung hat, so ist die Frage nach dem Rechtgrund des ne bis in idem zunächst eine Frage nach dem Rechtsgrund der formellen Rechtskraft[4]).

Der Rechtsgrund der Endgültigkeit des Urteils wird in der Fiktion der absoluten Richtigkeit, in der Billigkeit oder in der Rechtssicherheit gesehen.

Die Fiktionstheorie[5]) geht davon aus, daß dem Urteil volle Rechtsgültigkeit nur dann zukommen könne, wenn es der materiellen Wahrheit entspreche. Da es nun zweifellos unrichtige Urteile gibt, so war man gezwungen, die materielle Wahrheit des Urteils zu fingieren. Diese Theorie zeigt eine große Aehnlichkeit mit der materiell-rechtlichen

---

[1]) Vgl. Hahn, Motive zu § 263 des Entw. S. 207.

[2]) Vgl. Goldschmidt, Lehrb. S. 152, 153.

[3]) Vgl. Beling, RStPr. S. 266; Graf Dohna, a.a.O. S. 204 ff. Birkmeyer, a.a.O. S. 680; Binding, Rechtsgang II, S. 17; Ullmann, a.a.O. S. 626 ff.; von Kries, a.a.O. S. 593; Stenglein zu § 151 Note 8; John Bd. II zu § 153; Ben.-Beling, a.a.O., S. 408 ff.; Rosenfeld, RStr. Pr. S. 243; Goldschmidt, Mat. Justizr. S. 124; dagegen Sauer, a.a.O., S. 242, 478 ff., der die negative Funktion als der materiellen Rechtskraft eigentümliche Folgeerscheinung leugnet, S. 665, a.a.O. jedoch die Verbindung dieser beiden Fragen für unbedenklich erachtet.

[4]) Aehnlich Düwel, a.a.O., S. 21.

[5]) Vgl. Birkmeyer, a.a.O., S. 674.

Rechtskrafttheorie im Zivilprozeß[1]), die im Strafprozeß keine Geltung haben kann. Der staatliche Strafanspruch entsteht nur durch die rechtswidrige schuldhafte Verwirklichung eines Straftatbestandes, nicht aber durch das rechtskräftige Urteil[2]). Die Folge der Fiktionstheorie würde sein, daß der spätere Richter an das frühere Urteil in der Weise gebunden wäre, daß er die Feststellung des früheren Urteils im Hinblick auf eine andere Tat oder einen anderen Angeklagten seinem Urteil zugrunde zu legen hätte. Aber anerkanntermaßen besteht eine solche Bindungswirkung nicht. Auch im Strafprozeß gilt, wie grundsätzlich im Zivilprozeß, die materielle Rechtskraft nur zwischen den Parteien.

Auch die Billigkeitstheorie ist abzulehnen. Der Rechtsgrund der formellen Rechtskraft soll darin gefunden werden, daß es nicht zugelassen werden dürfe, „daß derselbe Mensch wegen derselben Sache in die ohnehin gedrückte und bedauernswerte Stellung eines Angeklagten nochmals versetzt werde"[3]). Denn oft dürfte gerade die Billigkeit verlangen, daß eine Tat erneut zum Gegenstande einer Urteilsfindung gemacht werde.

Um den Rechtsgrund der formellen wie der materiellen Rechtskraft zu ermitteln, unterscheiden wir vier Fälle, die als Grundsätze der Strafprozeßordnung zu gelten haben:

Wegen derselben Tat soll

1. der rechtskräftig Freigesprochene nicht nachträglich verurteilt werden,
2. der rechtskräftig Verurteilte nicht aus neuen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen mit schwererer oder höherer Strafe belegt werden,
3. der rechtskräftig Verurteilte nicht nachträglich freigesprochen und
4. der rechtskräftig Verurteilte nicht nachträglich milder bestraft werden.

Bei den Fällen zu 1. und 2. handelt es sich um die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem, bei den Fällen zu 3. und 4. um die formelle Rechtskraft.

Aus den Fällen zu 3. und 4. ergibt sich, daß der Rechtsgrund der formellen Rechtskraft nicht in der Billigkeit gefunden werden kann; denn gerade in diesen Fällen entspräche es der Billigkeit, daß die Tat erneut

---

[1]) Vgl. hierzu: Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis 1888; Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905.

[2]) Vgl. Rosenfeld, Deutsches Str.Pr.R. Bd. II, S. 53; Binding Abhandl. II, S. 319, 273 ff.; Hellmuth Mayer, Strafbefehl, S. 53.

[3]) So Glaser, a.a.O., S. 306; Berner, Goltd. Arch. 3,474, Küßner, ebenda, S. 498; Eichhorn, a.a.O., S. 406; Heffter, a.a.O., S. 15; ähnlich Höpfner, a.a.O., S. 153.

zum Gegenstande einer gerichtlichen Untersuchung gemacht würde; dem trägt die Straßprozeßordnung auch in § 359 (bes. Ziff. 5) Rechnung. Diese Vorschrift über die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten stellt sich als eine Durchbrechung der formellen Rechtskraft zugunsten der materiellen Wahrheit dar. So entspricht zwar die Ausnahme der Billigkeit, nicht aber die Regel.

Gleichzeitig erkennen wir aber hiermit den wirklichen Rechtsgrund der formellen Rechtskraft: die Rechtssicherheit[1]).

Zweck des Prozesses und somit Grund der formellen Rechtskraft ist, daß eine Rechtssache ein für allemal ihre endgültige Erledigung findet[2]); die Gefahr sich widersprechender Urteile muß endgültig beseitigt werden. Der Staat hat im Strafprozeß zwar ein Interesse daran, daß die materielle Wahrheit (die Schuld oder Nichtschuld) des Angeklagten festgestellt wird, er hat aber auch ein Interesse daran, daß eine endgültige, d. h. sichere Beziehung zu seinen Untertanen bezüglich seines Strafrechts hergestellt wird. Hierbei tritt das Prinzip der materiellen Wahrheit hinter den Staatszweck der Rechtssicherheit zurück. Der Gang des strafprozessualen Verfahrens und die Vorschriften über die Wiederaufnahme lassen dies als gerechtfertigt erscheinen.

Hat die Betrachtung der formellen Rechtskraft vom Staate auszugehen, so steht bei der Behandlung der materiellen Rechtskraft die Einzelperson im Vordergrund. Der Grundsatz ne bis in idem ist eine Vorschrift zugunsten des Beschuldigten. Dieser Satz bedeutet eine Sicherung der persönlichen Freiheit gegenüber behördlicher Willkür[3]). Es ist, wie Hellmuth Mayer[4]) zutreffend ausführt, eine schlechthin unabweisbare Forderung der freien Einzelpersönlichkeit, daß der Staat in dieser Weise auf den Beschuldigten Rücksicht nimmt.

Aber auch hier zeigt sich das Interesse des Staates an der endgültigen Erledigung seiner prozessualen Aufgabe. Die materielle Rechtskraft setzt ein formell rechtskräftiges Urteil voraus; das Urteil soll eine endgültige Entscheidung über den Strafanspruch herbeiführen, auch wenn die Feststellungen zugunsten des Verurteilten in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung nicht fehlerfrei sind. Der Rechtsgrund des ne bis in idem ist

---

[1]) Vgl. Ullmann, a.a.O., S. 627; ebenso Schanze, a.a.O., S. 452; von Kries, a.a.O., S. 594; Bennecke, a.a.O., S. 709, Ben.-Beling, a.a.O., S. 408; Kroschel, Ger. S. 53, 409; ähnlich Kohlrausch, Idealkonk., S. 52.

[2]) Vgl. Ullmann, a.a.O., S. 627.

[3]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 112, 113, Anm. 25.

[4]) Strafb. S. 112, Anm. 25.

daher in der Rechtssicherheit und in der Rücksichtnahme auf die persönliche Freiheit des Beschuldigten zu erblicken[1]).

Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Verurteilten (§ 362 StPO.) durchbricht das Prinzip der formellen und materiellen Rechtskraft zugunsten der materiellen Wahrheit.

§ 5. Die Rechtskraft des Strafurteils.

I. Im Gegensatz zur Zivilprozeßordnung enthält die Strafprozeßordnung keine Bestimmung über den Umfang des rechtskräftigen Urteils. Nach § 322 Abs. I ZPO erwächst in Rechtskraft die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch, und diese Feststellung ist für den späteren Richter bindend, wenn der Anspruch in einem zweiten Prozeß zwischen denselben Parteien erneut geltend gemacht wird[2]).

Es ist naheliegend, beim Mangel einer ähnlichen strafprozessualen Vorschrift, den in § 322 Abs. 1 ZPO ausgesprochenen Grundsatz für den Strafprozeß zu übernehmen, indem man § 322 Abs. 1 ZPO analog anwendet, oder in dem darin ausgesprochenen Grundsatz einen immanenten Bestandteil der Rechtsordnung erblickt.

So wendet Schanze[3]) die Grundsätze der zivilprozessualen Rechtskraft ohne weiteres auf den Strafprozeß an und stellt die Behauptung auf, daß, ausschließlich von der Rechtskraft des Strafurteils zu reden nur dann statthaft und möglich wäre, wenn das Wesen der Rechtskraft im allgemeinen außer Zweifel gestellt, oder wenn die Rechtskraft des Strafurteils etwas Selbständiges, von der Rechtskraft des Zivilurteils Verschiedenes wäre. Er kommt damit zu dem Ergebnis, daß auch im

[1]) Aehnlich Berner, Goltd. Arch. III, S. 473—477; Glaser, Verbrauch der Strafklage, S. 305, 306; Binding sieht den Rechtsgrund des ne bis in idem in der Einmaligkeit definitiver Staatsaktion (ebenso Sauer, a.a.O., S. 475). Nach ihm bedeutet der Eintritt der Rechtskraft eine Konsequenz der Rechtslogik. Aber wie Binding selbst zugibt, ist das Prinzip der Einmaligkeit rein formalistischer Natur, das dem Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht die Waage halten kann (a.a.O., S. 337/338). So ist es auch verständlich, daß Binding neben der Erweiterung der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens (a.a.O., S. 339) die Zulässigkeit einer Nachklage fordert (a.a.O., S. 400). Sieht man dagegen den Rechtsgrund der materiellen Rechtskraft in der Rechtssicherheit und der Rücksichtnahme auf den Beschuldigten, so ist für bestimmte Fälle ein Vorrang dieser Grundsätze gegenüber dem Prinzip der materiellen Wahrheit als gerechtfertigt anzuerkennen.

Gegen Binding auch Hellmuth Mayer, Strafb. S. 113, Anm. 25.

[2]) Vgl. Stein, Grundr. z. ZPO. 2. Aufl., S. 290.

[3]) a.a.O., S. 436.

Strafprozeß nur über einen Anspruch, den staatlichen Strafanspruch, entschieden werde, und daß sich die Rechtskraft des Strafurteils somit nur auf die Existenz, Art und Höhe des Strafanspruchs beziehe[1]).

Während Schanze die Gleichartigkeit der zivil- und strafprozessualen Rechtskraft durch Parallelisierung herbeizuführen sucht, stellt Sauer[2]) für den Zivil- und Strafprozeß einen einheitlichen Rechtskraftbegriff auf. Nach seiner Ansicht „muß der Begriff der Rechtskraft prinzipiell für die allgemeine Prozeßrechtslehre gewonnen werden. Nicht allein für den Zivilprozeß, nicht allein für den Strafprozeß oder das Verwaltungsrecht"[3]). Und dieser allgemeine Rechtskraftbegriff lautet: Rechtskraft ist Rechtsgestaltungskraft[4]).

Diese Ansichten beruhen jedoch auf einer Verkennung des Wesens des Strafurteils; sie nehmen entweder die bindende Kraft der Entscheidung zum Ausgangspunkt oder legen dieser Bindungswirkung eine allzu große Bedeutung bei.

Das Strafurteil unterscheidet sich jedoch von dem Zivilurteil in grundlegender Weise, und so bedeutsam der Unterschied zwischen dem Straf- und Zivilurteil, ist auch der Unterschied ihrer Rechtskraftwirkung[5]).

Das Strafurteil hat einen zweifachen Inhalt: Feststellung des Tatbestandes und des staatlichen Strafanspruchs. Es enthält im Schuldspruch und Strafausspruch zwei relativ selbständige Momente, während das Zivilurteil sich einheitlich nur über den Anspruch als solchen äußert[6]). Im Strafprozeß nimmt darum die Tatsachenfeststellung an der Rechtskraft des Urteils teil[7]).

Zur Begründung dieser Ansicht ist nicht von der bindenden Kraft der Entscheidung, sondern von dem Urteil als staatlichem Befehl auszu-

---

[1]) Vgl. Schanze, a.a.O., S. 468; ebenso Barbarino, a.a.O., S. 6, 7. Gegen Schanze, Hellmuth Mayer, Strafb. S. 107 ff., Binding Abh. II, S. 308 N. 4; Höpfner, a.a.O., S. 202; Bockshammer, a.a.O., S. 26; Glaser, Hdb. II, S. 6 N. 2.

[2]) a.a.O., S. 239.

[3]) Vgl. Sauer, a.a.O., S. 239.

[4]) Vgl. Sauer, a.a.O., S. 239.

[5]) Vgl. Binding, Abh. II, S. 308.

[6]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 104; ebenso Binding, Abh. II, S. 308 ff.

[7]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 104; Binding, Abh. II, S. 308; vgl. noch Höpfner, a.a.O., S. 202; Bockshammer, a.a.O., S. 26; Bennecke, a.a.O., S. 708. Unter Tatsachenfeststellung versteht Hellmuth Mayer den Schuldspruch, d. h. die Subsumtion der Tat unter das Strafgesetz. (Vortrag, S. 416).

gehen[1]). Daß dieser Befehl die Schuldigerklärung des Angeklagten zum Inhalte hat und diese Schuldfeststellung an der Rechtskraft des Urteils teilnimmt, wird an einzelnen Vorschriften des formellen und materiellen Strafrechts zu zeigen sein.

Das Kernstück des Zivil- wie des Strafurteils ist seine staatsrechtliche Funktion[2]). „Der Schwerpunkt liegt darin, daß die Herrschermacht des Staates hinter dem Urteil steht und dem in demselben enthaltenen Befehl Befolgung sichert. Das ist das Wesen der staatsrechtlichen Rechtskraft, die mit der prozessualischen Rechtskraft, d. h. Unanfechtbarkeit, Endgültigkeit der Entscheidung nicht zusammenfällt"[3]).

Im Zivil- wie im Strafprozeß ist die Existenz des Anspruchs grundsätzlich an außerprozessuale Vorgänge gebunden[4]). Der zivilistische Anspruch entsteht durch Vertrag, ungerechtfertigte Bereicherung oder unerlaubte Handlung, der Strafanspruch durch das Verbrechen. Aber in beiden Fällen bedarf es zur Feststellung (Evidenz) und zur Verwirklichung des Anspruchs eines rechtlich geregelten Verfahrens, im Zivilrecht, weil das Selbsthilferecht des Einzelnen grundsätzlich abgeschafft ist, im Strafrecht, damit sich die dem Staate allein zustehende Strafgewalt „in jedem einzelnen Falle ohne Willkür und Parteilichkeit vollziehe"[5]). Der Anspruch, der mit der Handlung oder Unterlassung des Einzelnen entsteht, wird durch die gerichtliche Feststellung mit neuer Kraft ausgestattet: Der Staat befiehlt den Prozeßbeteiligten, daß „dasjenige geschehen soll, das in concreto, als dem Recht entsprechend durch Urteil festgestellt worden ist"[6]). Diese Kraft wohnt dem Urteil auch inne, wenn es die Feststellung des Anspruchs nicht bindend trifft, „wenn es also auf Grund besserer Einsicht jederzeit geändert werden könnte"[7]).

Das Wesen jeder staatlichen Gerichtsbarkeit, und damit des Urteils als Abschluß der gerichtlichen Tätigkeit, ist die befehlsmäßige Feststellung des konkreten Rechts. Das Ziel des Prozesses kann aber nur in seinem Wesen gefunden werden. Wesen und Ziel des Prozesses ist somit:

[1]) Vgl. Hellmuth Mayer, Strafb., S. 106. Zur Befehlstheorie: Laband, a.a.O., S. 376; ebenso Kuttner, Iherings Jahrb. 50, S. 503 ff., Wach, Handb. Bd. I, 1885, S. 11, 12; Meyer-Anschütz, a.a.O., S. 725 Anm. 4; dagegen Kisch, a.a.O., S. 23 ff., S. 25 Anm. 27.

[2]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 106.

[3]) Vgl. Laband, a.a.O., S. 376; ebenso Hellmuth Mayer, Strafb. S. 106.

[4]) Vgl. hierzu Binding, Abh. II, S. 319, 273 ff.

[5]) So Laband, a.a.O., S. 378.

[6]) So Laband, a.a.O., S. 380.

[7]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 107. Hellmuth Mayer führt mit Recht zum Beweise die Urteile des alten peinlichen Prozesses an, welche die Rechtskraft (Unabänderlichkeit) nicht kannten.

Feststellung des konkreten Rechts durch eine gerichtliche Entscheidung. Die staatliche Rechtspflege ist Ausfluß der staatlichen Autorität[1]). Wo aber immer der Staat als Hoheitsperson auftritt, spricht er in Befehlsform. Ziel des Prozesses ist also die befehlsmäßige Feststellung des konkreten Rechts; das bedeutet für das Strafurteil: Autoritative Feststellung der Schuld des Angeklagten[2]).

Diese Ansicht finden wir auch im positiven Recht bestätigt.

Während im Zivilprozeß Gegenstand der Urteilsfindung der klägerische Anspruch ist[3]), ist im Strafprozeß Gegenstand der Urteilsfindung die Tat des Beschuldigten[4]). Die Tat ist aber ein historisches Vorkommnis und kein Anspruch[5]). Ist aber der Gegenstand der Urteilsfindung nicht ein Anspruch, so kann auch nicht der Gegenstand des Urteils, und damit der Rechtskraft, ein Anspruch sein[6]).

Hellmuth Mayer weist zutreffend darauf hin, daß, wenn man die gegnerische Ansicht weiterführt, ihre Unrichtigkeit klar zutage tritt[7]). Schanze, der die Tatbestandsfeststellung zu den, nicht an der Rechtskraft teilnehmenden Entscheidungsgründen rechnet, führt folgendes aus: „Wer die Rechtskraft der Entscheidungsgründe als notwendig hinstellt, verkennt das Wesen der Rechtskraft. Es besteht gerade darin, daß der Zusammenhang von Grund und Folge beseitigt, das bedingte Moment von seinen Bedingungen losgelöst wird"[8]). Hiermit wird zwar zutreffend das Wesen des Zivilurteils definiert, aber eine solche Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge ist im Strafprozeß nicht durchführbar, denn der Strafanspruch hat ohne Beziehung auf den Tatbestand gar keinen Sinn[9]). „Die Strafe ist ihrem Wesen nach Reaktion, die nur im Zusammenhang mit der sie auslösenden Aktion überhaupt lebensfähig ist, ohne diese Beziehung wäre die Strafe schlechthin lebensfeindlich"[10]).

Daß das Strafurteil die autoritative Feststellung der Schuld enthält, ergibt sich weiter aus folgenden Vorschriften des formellen und materiellen Strafrechts[11]).

---

[1]) Vgl. Meyer-Anschütz, a.a.O., S. 723; ähnlich Binding, Abh. II, S. 312.
[2]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 110.
[3]) Vgl. §§ 301, 304, 306, insbes. 307, 322 ZPO.
[4]) § 264 Abs. 1 StPO.
[5]) Ebenso Hellmuth Mayer, Strafb. S. 110; vgl. RG. 61, 236.
[6]) Vgl. § 267 StPO.
[7]) a.a.O., S. 110.
[8]) So Schanze, a.a.O., S. 468.
[9]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 110.
[10]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 110.
[11]) Vgl. zum folgenden Hellmuth Mayer, Strafb. S. 111 ff.; Binding, Abh. II, S. 309, 310.

Gegenstand des Strafurteils ist, im Gegensatz zum Gegenstand der Urteilsfindung, ein crimen. Wir der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden [1]).

Die Verkündung des Urteils ist Teil der Hauptverhandlung; sie hat in Gegenwart der Parteien zu geschehen und die Gründe müssen verlesen werden, oder ihr wesentlicher Inhalt muß mündlich mitgeteilt werden[2]). Die Schuld des Angeklagten wird also in aller Oeffentlichkeit bekanntgegeben.

Noch bedeutsamer ist für die Tatbestandsfeststellung das Strafregister. Im Strafregister wird die Tatsache, daß der Angeklagte eine strafbare Handlung begangen hat, festgehalten. Wird diese Eintragung wieder gelöscht oder vernichtet[3]), so wird diese Schuldfeststellung wieder aufgehoben, die Erinnerung an das festgestellte Verbrechen wird für die Zukunft ausgelöscht[4]).

Die Schuldfeststellung gewinnt eine besondere Bedeutung beim Rückfall. Maßgeblich ist für die Feststellung des Rückfalls (als Qualifikationsgrund oder als allgemeiner Strafzumessungsgrund) allein das jeweils begangene Verbrechen. Der Angeklagte wird nicht härter bestraft, weil er bereits vorbestraft ist, sondern weil er dasselbe Verbrechen schon mehrmals begangen hat[5]).

In drei Fällen enthält das Urteil eine Schuldfeststellung, ohne daß eine Strafe festgesetzt wird. Der erste Fall betrifft die Retorsion oder Kompensation nach § 199 StGB., wonach der Richter, wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären kann; ähnlich ist die Vorschrift in § 233 StGB. Der dritte Fall findet sich in den Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens. Nach § 361 StPO ist die Wiederaufnahme des Verfahrens auch zugunsten bereits verstorbener Verurteilter zulässig; dabei handelt es sich in erster Linie um die Feststellung der Nichtschuld des Verurteilten[6]).

Aus allen diesen Vorschriften ergibt sich, daß in

---

[1]) § 267 Abs. 1 StPO.; entspr. gilt für die Freisprechung, § 267 Abs. 5 StPO.
[2]) § 268 Abs. 1 StPO.; vgl. hiergegen §§ 310, 311 Abs. 1 Satz 1 ZPO.: Grundsätzlich nur Verlesung der Urteilsformel.
[3]) Straftilgungsgesetz v. 9. April 1920.
[4]) § 5 des Ges. vom 9. April 1920.
[5]) Vgl. z. B. § 244 StGB., §§ 250 Nr. 5, 261, 264 StGB.
[6]) § 371 StPO.

der Feststellung der Schuld ein wesentlicher Inhalt des Strafurteils zu erblicken ist.

II. Erwächst nun diese Schuldfeststellung in Rechtskraft und in welcher Weise ist diese rechtskräftige Feststellung in einem späteren Verfahren wegen derselben Tat gegen denselben Angeklagten für den erkennenden Richter bindend?

Die dem Verbrechen zugrunde liegende rechtskräftig abgeurteilte Tat soll nicht noch einmal Gegenstand eines Verfahrens gegen denselben Angeklagten sein. Weil der Klagerechtsverbrauch die Tat erfaßt und nicht nur das crimen, darum soll der Richter die Möglichkeit haben, die Tat zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen und nicht nur das im Eröffnungsbeschluß genannte crimen. Gegenstand der Urteilsfindung ist aus diesem Grunde die Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt (§ 264 Abs. 1 StPO.). Das Ergebnis der Hauptverhandlung kann aber nur aus dem rechtskräftigen Urteil entnommen werden.

Die Feststellung der Identität der Tat erfordert einen Vergleich zwischen einer bereits rechtskräftig abgeurteilten und der erneut zur Anklagte gestellten Tat. Der Vergleichsgegenstand muß aber eindeutig bestimmt sein. Dies ist nur der Fall, wenn die Tatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gesehen werden, für den späteren Richter bindend festgestellt sind[1]). Wäre dies nicht der Fall, d. h. wäre nur der staatliche Strafanspruch rechtskräftig festgestellt, so hätte der spätere Richter die Möglichkeit, die dem früheren Eröffnungsbeschluß zugrunde liegende Tat erneut zu untersuchen und sie in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht anders zu beurteilen. Damit wäre für die Frage der Einstellung wegen Verbrauchs der Strafklage nicht nur die in der Anklage bezeichnete, sondern zugleich die in der früheren Anklage bezeichnete Tat zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht; ein solches Verfahren käme einer nochmaligen Verfolgung gleich, die Endgültigkeit der Entscheidung wäre damit aufgehoben, der Grundsatz ne bis in idem würde ohne praktische Bedeutung sein. Eine solche Untersuchung ist aber nicht zulässig; der Richter darf sich nur mit dem der neuen Anklage zugrunde liegenden Eröffnungsbeschluß befassen (§§ 151, 264 StPO.). Ist dem späteren Richter aber verwehrt, auf Grund des früheren Eröffnungsbeschlusses den Gegenstand der Urteilsfindung des früheren Verfahrens festzustellen, so besteht für ihn bei der Prüfung der Identität der Tat nur die Möglichkeit, das Ergebnis der Hauptverhandlung, d. h. das

[1]) Vgl. § 267 StPO.

Urteil dieser Prüfung zugrunde zu legen. Die Tatsachenfeststellung des früheren Urteils muß also für den später erkennenden Richter bindend sein. Der Grundsatz ne bis in idem läßt sich überhaupt nur ermöglichen, wenn das Urteil die Schuld des Angeklagten in bindender Weise feststellt[1]).

Diese Bindungswirkung bedeutet, daß der später erkennende Richter bei Prüfung der Identitätsfrage die rechtliche Qualifikation der Tat dieser Prüfung zugrunde zu legen hat; er darf die Tat nicht anders als der früher erkennende Richter beurteilen. „Anders als die Tat urteilsmäßig festgestellt ist, kann sie in den Augen des Rechts nicht gewesen sein"[2]). Diese Ansicht finden wir auch im positiven Recht bestätigt. Behauptet jemand über einen anderen, daß dieser eine strafbare Handlung begangen habe, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Wahrheitsbeweis ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist (§ 190 StGB.). Der im Beleidigungsprozeß erkennende Richter ist also an die Feststellungen des früheren Urteils gebunden[3]).

Hat der Angeklagte einen Diebstahl begangen, so ist eine Verurteilung wegen Rückfallsdiebstahls nur möglich, wenn der Angeklagte vor Begehung des im Eröffnungsbeschluß genannten Diebstahls dieses Delikt bereits schon zweimal begangen hat. Die Feststellung, daß der Angeklagte mehrere Diebstähle begangen hat, ist also für den erkennenden Richter schlechthin bindend[4]).

Wie weit nun die Rechtskraft im Einzelfalle reicht, kann nicht allein aus der Urteilsformel entnommen werden. Der Tenor wird in der Praxis so allgemein gefaßt, daß aus ihm überhaupt nicht mehr ersichtlich ist, wegen welcher Tat der Angeklagte verurteilt wurde[5]). Insbesondere

---

[1]) Vgl. Hellmuth Mayer, Strafb. S. 115.

[2]) So Hellmuth Mayer, Strafb. S. 114. Olshausen zu § 244 Anm. 5, RG. 18, 116; a.A. Höpfner, a.a.O., S. 203, 213 Anm. 89a unter irrtümlicher Berufung auf RG. 32,304; vgl. hierzu noch Sauer, a.a.O., S. 249.

[3]) § 190 StGB. ist keine Erweiterung des Grundsatzes, daß die Rechtskraft nur zwischen den Parteien wirkt. Unter dem iudicium ius facit inter partes ist nur zu verstehen, daß, wenn die rechtskräftig abgeurteilte Tat zum Gegenstande der Aburteilung eines anderen Angeklagten gemacht wird (Mittäterschaft oder Teilnahme) das frühere rechtskräftige Urteil ohne Bedeutung ist; dies liegt aber bei § 190 StGB. nicht vor. Im Ergebnis ebenso Hellmuth Mayer, Strafb. S. 115; dagegen Sauer, a.a.O., S. 205, S. 206.

[4]) Vgl. Hellmuth Mayer, Strafb. S. 115, Olshausen zu § 244 Anm. 5; vgl. auch Höpfner, a.a.O., S. 204 Anm. 75, Ben.-Beling, a.a.O., S. 414.

[5]) Vgl. Binding, Grundriß S. 293.

gibt die Urteilsformel regelmäßig keinen Aufschluß darüber, ob es sich um ein einfaches oder ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt handelt[1]). Die rechtskräftige Entscheidung läßt sich also nur aus dem gesamten Urteil, aus Tenor und Gründen entnehmen[2]). Die Gründe nehmen deshalb, soweit sie sich auf die Feststellung der Schuld beziehen, an der Rechtskraft teil[3]).

In Rechtskraft erwächst somit auch die Bezeichnung des Delikts als ein fortgesetztes oder Kollektivverbrechen; dies auch aus dem Grunde, weil durch die verschiedene rechtliche Beurteilung der Tat als einfaches oder als fortgesetztes oder Kollektivdelikt die Tat als historisches Vorkommnis eine Erweiterung oder Verengung erfahren kann[4]). In Rechtskraft erwächst aber auch die Feststellung des Konkurrenzverhältnisses bei mehreren strafbaren Handlungen. Ob und inwieweit die mit den positiven Feststellungen des Urteils zusammenhängenden negativen Feststellungen in Rechtskraft erwachsen, kann nur nach Lage des Einzelfalls entschieden werden. Einen Anhaltspunkt für die Beurteilung dieser Frage gibt § 267 StPO. (besonders Abs. 2).

§ 6. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Grundsatzes.

1. a) In formeller Beziehung setzt die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem eine Entscheidung des Strafrichters voraus[5]); es handelt sich also in erster Linie um Urteile und Beschlüsse innerhalb eines Strafverfahrens. Hinsichtlich der Ordnungs- und Disziplinarstrafen tritt ein Verbrauch des Strafklagerechts nicht ein; eine Ausnahme hiervon bildet § 3 E. G. zum Mil.StGB.[6]). Den Strafklageverbrauch bewirken nicht nur die verurteilenden und freisprechenden Entscheidungen, sondern auch Urteile, welche die Einstellung des Verfahrens oder die Unzulässigkeit der Strafverfolgung aussprechen, soweit sie eine endgültige sachliche Erledigung des Straffalles bezwecken[7]).

---

[1]) Vgl. Kroschel, Recht 22 (1918) S. 26.

[2]) Vgl. RG. 46, 326; 66, 9, 54; Kroschel, Ger. S. 53, S. 408 ff. bes. S. 414, 416.

[3]) Vgl. zur Frage der Rechtskraft der Entscheidungsgründe Glaser, Art. Rechtskraft, in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. II, S. 286; Ben.-Beling, a.a.O., S. 417, 418; Schanze, a.a.O., S. 468.

[4]) s. unten auf S. 36, 37, 41 d. Arbeit.

[5]) Bezüglich der Entsch. im Verwaltungs-Strafverf. vgl. Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 23a; Barbarino, a.a.O., S. 57; RG. in J.W. 45, 1347; RG. 34, 168; 41, 154; 47, 307.

[6]) Vgl. RG. 22, 1.

[7]) Vgl. Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151, N. 23e; RG. 7, 358; 15, 237.

b) Auch hinsichtlich der Beschlüsse, welche die Eröffnung des Hauptverfahrens oder der Voruntersuchung betreffen, tritt ein Verbrauch des Strafklagerechts ein[1]). Ein Verbrauch des Strafklagerechts tritt aber nur dann ein, wenn diese Beschlüsse die Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens ablehnen[2]).

c) Ob ein vollstreckbar gewordener amtsrichterlicher Strafbefehl (§§ 407 ff. bes. § 410 StPO.) hinsichtlich des Verbrauchs der Strafklage die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat, ist sehr bestritten.

Nach Ansicht des Reichsgerichts ist die Erhebung einer neuen Anklage wegen derselben Tat nicht unter dem gleichen, wohl aber unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte zulässig, soweit dadurch eine höhere Strafbarkeit begründet ist und diese strafbare Handlung zur Zuständigkeit eines anderen Gerichts gehört.

Die Begründung geht davon aus, daß es sich bei dem Grundsatz ne bis in idem und der Befugnis des Gerichts zur Klageänderung nach § 264 StPO. um korrelate Begriffe handle. Der Grundsatz ne bis in idem reiche daher so weit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte. Da es aber dem Strafrichter beim Erlaß eines Strafbefehls an der Möglichkeit „allseitiger Kognition" fehle (§ 408 Abs. 1 Satz 2 StPO.), so könne ein Verbrauch des Strafklagerechts nicht in dem Umfange wie bei einem rechtskräftigen Urteil eintreten[3]).

Demgegenüber stützt sich die herrschende Lehre auf den Wortlaut des Gesetzes: „Ein Strafbefehl, gegen welchen nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, erlangt die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils" (§ 410 StPO.). Daraus ergebe sich, daß der Strafbefehl dieselbe konsumierende Wirkung ausübe wie das rechtskräftige Urteil[4]).

Hellmuth Mayer hat in seiner Abhandlung „Der amtsrichterliche Strafbefehl"[5]) nachgewiesen, daß die Auffassung des Reichsgerichts wie

---

[1]) Vgl. RG. 23, 392; 46, 69; 56, 351; 62, 151; 65, 291.

[2]) Vgl. Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151, N. 23g; a.A. (mit Ausnahme der Beschlüsse nach § 211 StPO.) Binding, Abh. II, S. 312, 315.

Vgl. §§ 180, 204, 211 StPO. hinsichtlich der Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Hauptverfahrens; die gleichen Grundsätze finden jedoch Anwendung hinsichtlich der Ablehnung einer Voruntersuchung. S. hierzu Graf Dohna, a.a.O., S. 207, Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 23g, RG. 46, 69; 56, 351; 65, 291.

[3]) Vgl. RG. 14,359; 15,112; 29,157; 52,242; 56,252; ebenso Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 23 f.

[4]) Vgl. von Kries, a.a.O., S. 596, 597; Birkmeyer, a.a.O., S. 770; Graf Dohna, a.a.O., S. 230, 261.

[5]) Ger. S. 98, S. 330 ff.; 99, S. 36 ff., bes. S. 65 ff. und S. 116 ff.

die der herrschenden Lehre nicht zutreffend ist. Im folgenden soll diese Lehre kurz dargestellt werden.

Es ist davon auszugehen, daß das Wesen des Strafurteils in der Feststellung der Schuld des Angeklagten besteht[1]). Der amtsrichterliche Strafbefehl enthält aber eine solche Feststellung nicht[2]); er ist vielmehr ein Vollstreckungstitel, der ohne Prozeß gewonnen wird. Dieser Sachverhalt wird auch vom Gesetz anerkannt. Während Gegenstand der Urteilsfindung die Tat ist (§ 264 StPO.) und die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben müssen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden (§ 267 StPO.), heißt es vom Strafbefehl lediglich, der Richter habe das Recht, eine bestimmte S t r a f e festzusetzen (§ 407 Abs. 1 StPO.). Der Richter hat dem auf eine bestimmte Strafe gerichteten Antrag zu entsprechen (§ 408 Abs. 1 StPO.) und der Strafbefehl muß außer der Festsetzung der Strafe die strafbare Handlung, das angewendete Strafgesetz und die Beweismittel bezeichnen (§ 409 StPO.). Ein Vergleich dieser Vorschriften mit den entsprechenden des Urteils zeigt, daß der Amtsrichter keine Feststellung in der Sache trifft. Der Inhalt des Strafbefehls kann aber nicht ein anderer werden, weil der Verurteilte unterlassen hat, Einspruch zu erheben. In der Literatur wird mehrfach angenommen, daß eine Inhaltsänderung vorliege, weil die Unterlassung des Einspruchs ein stillschweigendes Geständnis darstelle. Allein eine solche Annahme bedingt eine Reihe von Fiktionen; auch daß in dem Unterlassen ein Geständnis liege, müßte fingiert werden. Es müßte also das Schweigen als eine Erklärung, die Erklärung als Geständnis und das Geständnis als der Wahrheit entsprechend angesehen werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß der Strafbefehl die Eröffnung enthalten, daß er vollstreckbar wird, wenn der Beschuldigte nicht Einspruch erhebt (§ 409 StPO.). Nur durch die Annahme eines fiktiven Geständnisses ließe sich die Ansicht aufrecht erhalten, daß der Strafbefehl wie das Urteil eine bindende Schuldfeststellung trifft. Diese Geständniswirkung des Schweigens müßte dem Beschuldigten aber mindestens angedroht werden. Mehrere Landesstrafprozeßordnungen haben ausdrücklich an die Unterlassung des Einspruchs die Wirkung eines fiktiven Geständnisses geknüpft. Wenn die Reichsstrafprozeßordnung diesen Vorbildern nicht gefolgt ist, vielmehr den Weg des preußischen Rechts einschlug, welches

[1]) Vgl. oben S. 18 ff. d. A.

[2]) so schon Schierlinger, Die Rechtskraft des Strafbefehls in Seuff. Bl. für Rechtsanw. n. F. 37, S. 1 ff., bes. S. 18 ff.

eine solche Geständniswirkung nicht kannte, so wird hiermit deutlich, daß das Gesetz von einem fiktiven Geständnis nichts weiß.

Das Reichsgericht stützt Geltung und Umfang des Grundsatzes ne bis in idem auf § 264 StPO. Insoweit eine Klageänderung nach § 264 zulässig sei, trete auch ein Verbrauch des Strafklagerechts ein. Es muß aber auch hier wieder festgestellt werden, daß in § 264 StPO. nichts anderes zum Ausdruck kommt, als daß die Untersuchung des Richters sich auf die Tat als ein historisches Vorkommnis bezieht. Weil der Angeklagte wegen ein und derselben Tat nicht noch einmal verfolgt werden soll, muß sich notwendigerweise die Untersuchung auf das ganze historische Vorkommnis beziehen können; ob die erneut zur Anklage gestellte Tat identisch ist mit der bereits abgeurteilten, läßt sich nur aus der rechtskräftigen Tatsachenfeststellung des früheren Urteils ersehen.

Der Begriff der Klageänderung ist der Reichsstrafprozeßordnung völlig fremd. Klageänderung und Festlegung des Prozeßgegenstandes sind korrelate Begriffe. Da die Klagebehauptung im Zivilprozeß bindend ist, so ist jede Aenderung des Klagegrundes oder des Klageantrags als eine Aenderung der Klage anzusehen. Aber gerade eine solche Festlegung des Prozeßgegenstandes kennt die Strafprozeßordnung nicht (§ 264 StPO.). Wenn das Reichsgericht den Begriff der Klageänderung aus § 264 Abs. 1 i. V. mit § 265 StPO. zu ermitteln sucht, so ist dies nicht zutreffend. § 264 Abs. 2 StPO. hat keine selbständige Bedeutung; in ihm kommt nur der Grundsatz des Absatz 1 in besonderer Form zum Ausdruck. Denn wäre das Gericht an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, gebunden, so könnte sich in vielen Fällen die Untersuchung nicht auf das gesamte historische Vorkommnis beziehen. Nimmt z. B. der Eröffnungsbeschluß einen Diebstahl an, so ist Gegenstand der Urteilsfindung die Tatsache, daß der Angeklagte an irgend einem Tage irgend eine Sache, die einem anderen gehört, weggenommen hat; es ist aber dasselbe historische Vorkommnis, wenn er die Sache aus einer Kirche weggenommen hat (§ 243 Ziff. 1 StGB.). Noch deutlicher wird dies beim fortgesetzten und Kollektivdelikt; denn mit der verschiedenen rechtlichen Beurteilung der Tat verschiebt sich auch die Tat als historisches Vorkommnis[1]).

Es ist aber auch unverständlich, warum eine Klageänderung nur dann vorliegen soll, wenn nur solche straferschwerenden Umstände vorgebracht werden, die den Strafrahmen verändern. Es hätte zwar keinen Sinn,

[1]) § 264 Abs. 2 StPO. bedeutet demnach, daß das Gericht insbesondere an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden ist.

ein Verfahren anzustrengen, das zwar die Tat unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt beurteilen, aber die Strafe nicht verändern würde; der im Strafgesetz regelmäßig sehr weite Strafrahmen läßt jedoch zumeist eine Verurteilung zu, die höher sein kann, als die in einem anderen Strafgesetz höhere angedrohte Mindeststrafe.

Die Lehre des Reichsgerichts bringt aber auch grobe Unbilligkeiten mit sich. Der Angeklagte gewinnt nicht, soweit ein neues, höheres Strafgesetz in Frage kommt, die Vorteile des rechtskräftigen Urteils, er soll aber die Last des rechtskräftigen Urteils tragen; denn auf dem Gebiete des Ehrenschutzes und des Rückfalls wird der rechtskräftige Strafbefehl dem rechtskräftigen Urteil vollkommen gleichgestellt[1]).

Die herrschende Lehre stützt sich ausschließlich auf den Wortlaut des Gesetzes[2]). Demgegenüber weist Hellmuth Mayer[3]) an Hand der Entstehungsgeschichte des § 410 StPO. nach, daß das Wort „rechtskräftig" in § 410 StPO. dem Worte „vollstreckbar" gleichzusetzen ist.

Diese Ansicht wird auch durch § 409 StPO. bestätigt: Der Beschuldigte ist darüber zu belehren, daß, wenn er keinen Einspruch einlegt, der Strafbefehl vollstreckbar wird. Es kann aber keine stärkere Wirkung als die angedrohte eintreten. Man steht also vor der Wahl, ob man § 409 StPO. extensiv oder § 410 StPO. restriktiv interpretieren soll[4]). In einem solchen Falle hat sich aber die Auslegung nach dem Zweck und nach der Absicht des Gesetzgebers zu richten.

Die Strafprozeßordnung verwendet das Wort „Rechtskraft" nur für die Unabänderlichkeit und die damit zusammenhängende Vollstreckbarkeit eines Urteils. Die materielle Rechtskraft wird dagegen überlieferungsgemäß mit ne bis in idem bezeichnet. Hierin zeigt sich, daß auch in § 410 StPO. das Wort „rechtskräftig" nichts anderes bedeuten kann als „vollstreckbar".

Da die bindende Feststellung der Schuld erst die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem ermöglicht, so können die klagrechtsverbrauchenden Wirkungen des Strafbefehls nicht dieselben sein wie die des Urteils.

Demnach wird rechtskräftig festgestellt, daß aus dem im Strafantrag behaupteten und vom Amtsrichter als hinreichend beglaubigt angenommenen Tatbestand jedenfalls der Anspruch auf die festgesetzte Strafe er-

---

[1]) Vgl. RG. 36, 313 ff.

[2]) § 410 StPO.

[3]) a.a.O. Strafb., S. 124; über die historische Auslegungsmethode vgl. Hellmuth Mayer, Strafb., S. 65.

[4]) Hierauf hat Hellmuth Mayer, Strafb., S. 124, als erster aufmerksam gemacht.

wachsen ist[1]). Jede Erweiterung der früheren Sachdarstellung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht begründet somit die Möglichkeit einer erneuten Strafverfolgung, da im Strafbefehlsverfahren nicht die Tat, sondern eine Erscheinungsform der Tat abgeurteilt wurde[2]).

Die beschränkte Rechtskraftwirkung des Strafbefehls gilt aber auch zugunsten des Angeklagten.

Bezüglich der Rückfallswirkungen kommt dem Strafbefehl die Beweiskraft des Urteils nicht zu. Hierzu bedarf es einer erneuten Prüfung des Gerichts, das mit dem „Rückfall" befaßt ist. Ebenso hat der Strafbefehl in Bezug auf § 190 StGB. keine Beweiskraft[3]).

Hellmuth Mayer weist mit Recht darauf hin, daß die Ansicht des Reichsgerichts, ganz abgesehen von der verschiedenen Auffassung der Rechtskraftwirkungen des Strafbefehls, nicht zutreffend ist. § 190 StGB. ist aus dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 (§ 137) zunächst in das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes und von da in das Reichsstrafgesetzbuch übernommen worden. Diese Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches bestand aber zu einer Zeit, als es im Norddeutschen Bund keine rechtskräftigen Strafbefehle gab, sondern nur vollstreckbare[4]). § 410 StPO. kann aber nicht als Erweiterung des § 190 StGB. angesehen werden[5]).

2. Zu den materiellen Voraussetzungen gehören die Identität der Parteien und die Identität der Tat.

Die Bestimmung der Identität der Parteien bietet keinerlei Schwierigkeiten. Die Identität des Anklägers (Staatsanwaltschaft) bleibt stets gewahrt[6]), da es sich immer um dasselbe Staatsorgan handelt. Die Identität des Angeklagten erfordert, daß es sich um ein und dieselbe physische Person handelt[7]).

§ 7. Die Identität der Tat.

Die wichtigste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Grundsatzes ne bis in idem ist die Identität der bereits abgeurteilten mit der erneut zur Anklage gestellten Tat.

---

[1]) So Hellmuth Mayer, Strafb., S. 125.

[2]) Die im Strafbefehl ausgeworfene Strafe ist bei einer erneuten Verurteilung in Anrechnung zu bringen; vgl. Hellmuth Mayer, Strafb., S. 125.

[3]) Anderer Ansicht RG. 36, 313.

[4]) Vgl. Art. 125 StGB. des Nordd. Bundes.

[5]) So Hellmuth Mayer, Strafb., S. 126.

[6]) Vgl. §§ 144, 145 GVG.; 227 StPO.

[7]) Vgl. von Kries, a.a.O., S. 567; Birkmeyer, a.a.O., S. 685.

Die Identitätsfrage wird in drei Fällen praktisch bedeutsam: in der Lehre von der Rechtshängigkeit, der Klageänderung und der Rechtskraft[1]).

Das Reichsgericht verwendet zur Bestimmung der Identität der Tat im Verhältnis des früheren rechtskräftigen Urteils zu der neuen Anklage den bei der Lehre vom Prozeßgegenstand (§ 264 StPO.) entwickelten Satz über die Klageänderungsbefugnis. Identität der Tat liege insoweit vor, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte[2]).

Dieser Satz kann nun ein Doppeltes bedeuten:

Entweder der spätere Richter prüft, was Gegenstand der Urteilsfindung bei der früheren Anklage auf Grund des Eröffnungsbeschlusses hätte sein können und zwar unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der Tat durch das rechtskräftige Urteil, oder

der spätere Richter stellt an Hand des rechtskräftigen Urteils fest, was Gegenstand der Urteilsfindung war, (dies ergibt sich aus der bindenden Tatsachenfeststellung des früheren Urteils) und vergleicht diese Tat mit der im Eröffnungsbeschluß genannten.

Im ersten Falle könnte der spätere Richter auf Grund einer anderen rechtlichen Beurteilung der Tat nachträglich den Gegenstand der früheren Urteilsfindung erweitern oder verengen[3]). Im zweiten Falle wäre eine neue tatsächliche Untersuchung oder eine andere rechtliche Qualifikation der Tat durch den späteren Richter unzulässig.

Auf dieser Mehrdeutigkeit des vom Reichsgericht aufgestellten und in jeder Entscheidung über den Grundsatz ne bis in idem wiederkehrenden Satzes beruhen die Angriffe gegen die reichsgerichtliche Rechtsprechung, vor allem deren freisprechende Urteile[4]). Die Entscheidungen des Reichs-

---

[1]) Vgl. hierzu Schwinge, a.a.O., S. 203 ff.

[2]) Vgl. RG. 49, 274; 51, 242; 56, 325; 66, 21; ebenso Ullmann, a.a.O., S. 629; Rosenfeld, Dt.StPR. II, S. 49, 54; Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151, N. 24a

[3]) Die verschiedene rechtliche Beurteilung der Tat gewinnt besondere Bedeutung für das fortgesetzte u. Kollektivdelikt. Nimmt z. B. der Eröffnungsbeschluß mehrere Diebstahlsfälle als untereinander in Fortsetzungszusammenhang stehend an, so liegt eine Handlung i. S. des materiellen Strafrechts vor. Qualifiziert dagegen der Richter diese Fälle als untereinander in Realkonkurrenz stehend, so liegen mehrere selbständige Handlungen vor. Zu der Tat als historischem Vorkommnis gehören im ersten Falle sämtliche, auch nicht im Eröffnungsbeschluß genannten Handlungen, die mit den im Eröffnungsbeschluß genannten ein fortgesetztes Delikt bilden. Im zweiten Falle sind Gegenstand der Urteilsfindung nur die im Eröffnungsbeschluß genannten Handlungen.

[4]) Vgl. die Ausführungen auf S. 46 ff. d. A. und S. 45 Anm. 2.

gerichts lassen jedoch erkennen, daß das Reichsgericht jenen Satz in der Weise versteht, daß der spätere Richter bei der Beurteilung der Identitätsfrage an die rechtliche Qualifikation der Tat durch das frühere Urteil gebunden ist[1]).

Mit der Annahme, daß das rechtskräftige Urteil die Tat in bindender Weise feststellt, läßt sich zwar der vom Reichsgericht aufgestellte Satz vereinbaren, er stellt dann aber nur eine Umschreibung des in § 264 StPO. zum Ausdruck kommenden Grundsatzes dar, daß ein factum und nicht ein crimen Gegenstand der Urteilsfindung ist.

Die Bestimmung der Identität zwischen einer bereits abgeurteilten und der erneut zur Anklage gestellten Tat ist jedoch in anderer Weise vorzunehmen.

Während bei der Bestimmung des Prozeßgegenstandes die juristische Qualifikation der Tat den Richter nicht bindet (§ 264 StPO.), der Richter also noch die Aufgabe hat, festzustellen, welches historische Vorkommnis dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegt, ist bei der Bestimmung der Identität der Tat zwischen dem früheren Urteil und der neuen Anklage der Richter an die Tatsachenfeststellung des früheren Urteils gebunden.

Der spätere Richter hat demnach bei Prüfung der Identität der Tat auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts folgende Untersuchungen vorzunehmen:

1. stellen die im Eröffnungsbeschluß genannten Fälle ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt dar? und bei Bejahung dieser Frage
2. was hat das frühere rechtskräftige Urteil bindend festgestellt? Qualifiziert dieses Urteil die Tat als ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt, so ist zu untersuchen,
3. sind die neuen Fälle als Bestandteile des bereits abgeurteilten fortgesetzten oder Kollektivdelikts anzusehen?

Damit ist auch die Behauptung widerlegt, daß die Identität der Tat zwischen dem Eröffnungsbeschluß und dem früheren rechtskräftigen Urteil in gleicher Weise zu bestimmen sei, wie die Identität der Tat zwischen dem früheren rechtskräftigen Urteil und einer neuen Anklage[2]). Diese Behauptung wäre nur dann zutreffend, wenn in jedem Falle angenommen werden könnte ,daß die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des früheren und des späteren Richters richtig sind. Da das unrichtige rechtskräftige Urteil aber ebenso wie das richtige Urteil die Tat

---

[1]) Auch das RG. geht im Grunde von der bindenden Tatsachenfeststellung aus. Vgl. RGR. 8, 643 ff.; RG. 15, 28; 47, 401.

[2]) So Bockshammer, a.a.O., S. 3; von Kries, a.a.O., S. 599.

in bindender Weise feststellt, so ist der Bestimmung der Identität das rechtskräftige Urteil zugrunde zu legen.

Auch der Satz, daß der Richter des späteren Prozesses die Identitätsfrage völlig frei prüfe[1]), ist nur zum Teil richtig. Bei der Prüfung der Frage, welche Tat durch die frühere rechtskräftige Entscheidung abgeurteilt wurde, ist der Richter an die Tatsachenfeststellung des früheren Urteils gebunden. In der Beurteilung der Frage, ob die neuen zur Anklage gestellten Fälle ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt darstellen und ob diese Fälle mit den im früheren Urteil als fortgesetztes oder Kollektivdelikt qualifizierten ein einheitliches Ganzes darstellen, ist er allerdings frei.

[1]) Vgl. Höpfner, a.a.O., S. 200; Beling, RStPr. S. 277 Anm. 1; Bockshammer, a.a.O., S. 21, 50, 56.

II. Abschnitt: Der Grundsatz ne bis in idem bei dem fortgesetzten und beim Kollektivdelikt.

§ 8. Das fortgesetzte und das Kollektivdelikt.

I. Das fortgesetzte Delikt.

Das fortgesetzte Delikt ist im Strafgesetzbuch nicht geregelt. Diese Verbrechensform ist eine Schöpfung der Praxis und praktische, besonders prozessuale Gesichtspunkte[1]) haben zur Entstehung dieses Rechtsgebildes geführt. Das fortgesetzte Delikt ist als eine gesetzliche Verbrechenseinheit anzusehen[2]).

Die einzelnen Tätigkeitsakte, die an sich selbständig den jeweiligen Deliktsbegriff erfüllen, bilden eine Einheit; sie sind insoweit unselbständige Teile eines Ganzen, des fortgesetzten Delikts. Diese Unselbständigkeit ist beim fortgesetzten Delikt darin zu sehen, daß die später vollzogene Handlung sich als Fortsetzung einer früher begangenen darstellt[3]).

Es kann nicht Gegenstand unserer Aufgabe sein, zu den verschiedenen Begriffsbildungen Stellung zu nehmen[4]). Wir folgen vielmehr der Begriffsbestimmung des Reichsgerichts; denn die vom Reichsgericht geforderte Willenseinheit (einheitlicher Vorsatz) rechtfertigt u. E. allein die Zusammenfassung mehrerer an sich selbständiger Einzelhandlungen zu einer juristischen Einheit.

Zum Begriffe des fortgesetzten Delikts gehört hiernach:

1. Einheitlichkeit des Vorsatzes[5]). Hiervon ist zu unterscheiden der „im voraus ins Auge gefaßte Entschluß, nach und nach (zu den im vor-

---

[1]) Vgl. Honig, a.a. O., S. 66.

[2]) Herrschende Ansicht vgl. Liszt-Schmidt, a.a.O., S. 339, 25. Aufl.

Doerr (Deutsches Strafr. S. 33, 34) nimmt dagegen an, daß beim fortgesetzten Delikt noch eine natürliche Handlungs- und Deliktseinheit vorliege; Denn nur so weit, als der natürliche Zusammenhang reiche, sei mangels jeglicher gesetzlicher Regelung die Annahme einer Deliktsfortsetzung mit der Wirkung der Deliktseinheit statthaft.

Aber damit wäre jeglicher Unterschied zwischen einer Handlung, die sich aus mehreren Tätigkeitsakten (Handlungselementen) zusammensetzt und dem fortgesetzten Delikt unmöglich gemacht.

[3]) Vgl. Frank zu § 74 V., Anm. 2c.

[4]) Vgl. hierzu Doerr, a.a.O.; Honig, a.a.O.; Mezger, a.a.O., S. 465.

[5]) Vgl. RG. 15,23; 17,103; 23,300; 30,163; 41,98; 44,223; 51,305; 61,199.

aus ins Auge gefaßten Zeiten oder bei sich bietender Gelegenheit) mehrere selbständige Straftaten zu begehen"[1]).

2. Gleichartigkeit der Einzelakte. Dazu gehört die Richtung gegen dasselbe Rechtsgut oder Interesse[2]). Dieses Erfordernis folgt aus der Einheitlichkeit des Vorsatzes, da der Vorsatz bei Verschiedenheit der Rechtsgüter, gegen welche sich die Einzelakte wenden, nicht als Einheit aufgefaßt werden kann. Einheitlichkeit des Zwecks begründet dagegen kein fortgesetztes Delikt[3]). Der Annahme eines fortgesetzten Delikts steht nicht entgegen, daß die Subjekte des Rechtsgutes verschieden sind, ausgenommen bei höchstpersönlichen Rechtsgütern, unter denen das Reichsgericht Leben, Freiheit, Ehre, leibliche und geschlechtliche Unversehrtheit versteht[4]). Ferner gehört zur Gleichartigkeit der Einzelakte, daß sie gegen dasselbe Verbot verstoßen, mag das Verbot auch in mehreren Strafgesetzen ausgesprochen sein[5]). Und schließlich ist Kontinuität der einzelnen Tätigkeitsakte erforderlich[6]). „Das ganze Tun muß sich äußerlich als ein einheitliches darstellen"[7]).

Die einzelnen Verbrechensakte stehen zueinander nicht in einem Konkurrenzverhältnis; es liegt weder Real- noch Idealkonkurrenz vor. § 73 StGB. ist nicht anwendbar, da beim fortgesetzten Delikt nur e i n Strafgesetz verletzt wird (juristische Handlungseinheit); ebenso kommt § 74 StGB. nicht zur Anwendung, da beim fortgesetzten Delikt nicht mehrere selbständige Handlungen vorliegen. „Das fortgesetzte Verbrechen ist in der Tat nur e i n Verbrechen und bildet den scharfen Gegensatz zur Verbrechensmehrheit; es kann daher auch nur wie e i n Verbrechen bestraft werden, ohne Rücksicht auf § 73 StGB."[8]).

Die Schwierigkeiten, die sich im besonderen für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem beim fortgesetzten Delikt (ebenso beim Kollektivdelikt) ergeben, erklären sich aus dieser begrifflichen Zusammenfassung mehrerer, an sich selbständig den Tatbestand des betreffenden Deliktes erfüllender Handlungen; denn je nach der juristischen Qualifika-

---

[1]) Vgl. Lobe, Leipz. Komm., S. 78; ebenso Doerr, Dt. Strafr., S. 33; dagegen Honig, a.a.O., S. 123 ff.

[2]) Vgl. RG. 10,53; 17,113; 48,186; 51,308; 55,134; 57,140.

[3]) Vgl. RG. 15,23; 45,70; 51,4.

[4]) Vgl. RG. 18,317; 27,19; 44,223; 53,274; 57,140.

[5]) Vgl. RG. 55,130; 56,323.

[6]) Vgl. RG. 9,346; 15,26; 55,135.

[7]) Vgl. Lobe, Leipz. Komm., S. 81.

[8]) So Rathenau, a.a.O., S. 82 Ebenso Berner, Lehrb. d. dt. Strafr. 1898, S. 301; Hälschner, Das gemeine dt. Strafr. Bd. I, 1881, S. 660, 670; Binding, Handb. I, 1885, S. 541, 542.

tion durch den erkennenden Richter erscheinen die einzelnen Akte als selbständige Handlungen (Realkonkurrenz) oder als fortgesetztes Delikt.

II. Das Kollektivdelikt.

Im Gegensatz zum fortgesetzten Delikt ist das Kollektivdelikt vom Gesetz anerkannt. Kollektivdelikte sind diejenigen Straftatbestände des Strafgesetzbuches, die als Tatbestandsmerkmal bezw. als Qualifikationsgrund die Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit enthalten[1]).

Für die materiellrechtliche Behandlung ist in einem Fall (Tatbestandsmerkmal) die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals Voraussetzung für eine strafbare Handlung; im andern Fall (Qualifikationsgrund) ist auch beim Fehlen dieses Merkmals eine strafbare Handlung möglich.

In beiden Fällen ist die Gewerbs-, Gewohnheits- und Geschäftsmäßigkeit ein Merkmal besonderer Art, welches geeignet ist, diese Delikte zu einer gesetzlichen Einheit zusammenzufassen. „Das Wesen des Kollektiv- oder Gesamtdelikts besteht darin, daß verschiedene Einzelhandlungen, weil sie Ausfluß der gleichen Lebensrichtung sind, zu einer Einheit verbunden werden"[2]).

Gewerbsmäßigkeit bedeutet die Absicht, sich durch wiederholte Begehung eine (wenn auch nicht gerade dauernde) Einnahmequelle zu verschaffen[3]). Diese Absicht kann der Richter schon aus einer Einzelhandlung entnehmen[4]). Liegen mehrere Handlungen vor und wird die Gewerbsmäßigkeit bejaht, so ist damit auch vereinbar, daß die einzelnen Handlungen ein fortgesetztes Delikt bilden können[5]).

Als Gewohnheitsmäßigkeit bezeichnet man den aus öfterer Begehung entstandenen fortwährenden Hang zu wiederholter Begehung[6]). Zur Annahme eines gewohnheitsmäßigen Delikts genügt also das Vorliegen einer einzelnen Handlung nicht. Auch gewohnheitsmäßige Delikte können in Fortsetzungszusammenhang begangen werden[7]).

Unter Geschäftsmäßigkeit versteht man die Absicht, eine Handlung

---

[1]) Vgl. §§ 144, 150, 180, 181a, 284, 302e, 361 Ziff. 6 (Tatbestandsmerkmal); §§ 218, 260, 285, 294, 302d (Qualifikationsmerkmal).
[2]) So Wachenfeld, Theorie, S. 91; ebenso Frank zu § 74 R.V., 1b.
[3]) Vgl. RG. 53,59; 58,19.
[4]) Vgl. RG. 12,388, 391.
[5]) Vgl. RG. 56,54; 56,326; 58,19.
[6]) Vgl. RG. 32,394; 59,142.
[7]) Vgl. RG. 34,310 59,142.

wiederholt und zwar in der Art zu begehen, daß darauf Zeit und Mühe verwendet werden[1]).

Das Kollektivdelikt ist wie das fortgesetzte Delikt als ein Verbrechen anzusehen[2]).

§ 9. Ne bis in idem und das fortgesetzte Dilekt.

Bei der Behandlung der Frage, ob eine Tat bereits schon einmal Gegenstand eines früheren rechtskräftigen Urteils war, ob also das neue Verfahren wegen Verbrauchs des Strafklagerechts einzustellen ist, geht das Reichsgericht von dem Satze aus:

Der Grundsatz ne bis in idem reicht so weit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte[3]).

Auch die Kritik, die vor allem die freisprechenden Urteile des Reichsgerichts erfahren haben, geht von diesem Satze aus und versucht nachzuweisen, daß die reichsgerichtlichen Entscheidungen sich mit diesem Satze nicht vereinbaren lassen[4]). Aus diesem Grunde ist auch hier zunächst von dieser Formel auszugehen. Auf die Darstellung des reichsgerichtlichen Entscheidungsganges und dessen Vereinbarkeit mit obigem Satze folgt die Darstellung der Einzelfälle unter alleiniger Zugrundelegung der bindenden Tatsachenfeststellung des früheren Urteils.

Wie weit reicht nun beim fortgesetzten Delikt die Befugnis des Gerichts zur Klageänderung?

Lautet der Eröffnungsbeschluß auf ein fortgesetztes Delikt und qualifiziert der Richter die ihm vorliegenden Fälle ebenfalls als fortgesetztes Delikt, so umfaßt der Eröffnungsbeschluß ohne weiteres sämtliche Einzelakte, die mit den im Eröffnungsbeschuß genannten eine Deliktseinheit bilden[5]). Nimmt der Richter jedoch an, daß es sich um mehrere realkonkurrierende Delikte handelt, so sind Gegenstand der Urteilsfindung nur die im Eröffnungsbeschluß genannten Fälle.

Nimmt der Eröffnungsbeschluß eine oder mehrere selbständige Handlungen an, und findet der Richter im Verlaufe der Hauptverhandlung,

---

[1]) Vgl. Olshausen zu § 144 N. 1.

[2]) Vgl. die Ausführungen auf S. 34, 35 dieser Arbeit.

[3]) Vgl. RG. 49,274; 51,242; 56,325; 66,21; ebenso Ullmann, a.a.O., S. 629; Rosenfeld, Dt.StrPR. II, S. 49, 54; Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24a.

[4]) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 30, ff. d. A.

[5]) Vgl. RG. 7,34; 51,253; ebenso Bockshammer, a.a.O., S. 18.

daß eine Handlung unselbständiger Bestandteil eines fortgesetzten Delikts ist, oder daß die mehreren selbständigen Handlungen in Wirklichkeit ein fortgesetztes Delikt bilden, so können damit alle Einzelakte des fortgesetzten Delikts zum Gegenstand der Aburteilung gemacht werden[1]). Der Richter kann also damit den Gegenstand der Urteilsfindung sachlich erweitern. Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz nur, wenn es dem Richter rechtlich nicht möglich war, die einzelnen Akte zu berücksichtigen[2]).

Nimmt der Eröffnungsbeschluß ein fortgesetztes Delikt an, findet dagegen der Richter, daß die im Eröffnungsbeschluß genannten Handlungen nicht strafbar sind, so sind Gegenstand der Urteilsfindung nur die im Eröffnungsbeschluß genannten Handlungen.

---

1) Vgl. RG. 9,347; 42,373; ebenso Glaser, Hdb. II, S. 40; von Kries, a.a.O., S. 569; Ben.-Beling, a.a.O., S. 479; Doerr, Ger.S. 71, S. 225, 226; Bockshammer, a.a.O., S. 19, 20.

2) Vgl. RG. 32,58.

Einzelfälle.

1. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen fortgesetzten Delikts.

„Soweit die Befugnis des erkennenden Gerichts reicht, nach § 264 StPO. nicht im Eröffnungsbeschluß genannte Vorgänge zum Gegenstand der Aburteilung zu machen, tritt in gleichem Umfange auch der Verbrauch der Strafklage durch die rechtskräftige Verurteilung ein; die rechtskräftige Verurteilung wegen einer Straftat schließt die spätere nochmalige Aburteilung anderer, neu hervortretender Tätigkeitsakte aus, welche, obwohl an sich den Tatbestand der betreffenden Gesetzesübertretung erfüllend, doch mit Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit der abgeurteilten Straftat, als der strafrechtlichen Selbständigkeit entbehrend, aufgefaßt werden können"[1]).

Das Reichgericht nimmt in ständiger Rechtsprechung an, daß sämtliche Tätigkeitsakte, die mit den abgeurteilten ein fortgesetztes Delikt bilden (und vor der Urteilsverkündung der früheren Entscheidung liegen), infolge dieser Verurteilung nicht noch einmal zum Gegenstand einer neuen Anklage gemacht werden können.

Dabei wird ausdrücklich betont, daß der später erkennende Richter vollkommen frei zu prüfen hat, ob zwischen den abgeurteilten und den erneut zur Anklage gestellten Fällen Identität der Tat besteht[2]).

Kommt der Richter bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis, daß die neuen Akte nur unselbständige Teile der bereits abgeurteilten Straftat darstellen, so ist das Klagerecht verbraucht und der Richter hat das Verfahren einzustellen. Findet er, daß die neuen Fälle keine strafbaren Handlungen enthalten, dann ist von vornherein ein Fortsetzungszusammenhang ausgeschlossen und der Richter hat freizusprechen. Er ist aber auch nicht gehindert, anzunehmen, daß die neuen Fälle selbständige, untereinander real konkurrierende Straftaten sind, oder daß sie zwar ein fortgesetztes Delikt bilden, die Einzelakte dieses neuen fortgesetzten Delikts aber in keinerlei Zusammenhang mit den bereits abgeurteilen stehen.

---

[1]) So RG. 9,348; ebenso RG. 44,392; 47,397; 51,254; ebenso Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151, N. 24c; Farnbacher, a.a.O., S. 40.

[2]) Vgl. RG. 9,349.

Die Beurteilung, ob Identität der Tat vorliegt, hing davon ab, inwieweit der später erkennende Richter durch die frühere Entscheidung in der Beurteilung dieser Frage gebunden ist.

Die Feststellung des Urteils: A wird wegen fortgesetzten Diebstahls . . . . . verurteilt — ist als die in Rechtskraft erwachsene Entscheidung anzusehen, wenn auch die Feststellung, daß es sich um einen fortgesetzten Diebstahl handelt, nicht in der Urteilsformel erfolgt[1]).

Damit ist also rechtskräftig festgestellt und für den späteren Richter bindend, daß die in dem Urteil bezeichneten Handlungen ein fortgesetztes Delikt bilden. Diese abgeurteilten Fälle zum Gegenstand einer neuen Entscheidung zu machen, ist dem späteren Richter ohne weiteres verwehrt. Aber auch insoweit er bei der Entscheidung anderer, gleichartiger Fälle die bereits abgeurteilten rechtlich anders qualifizieren wollte, ist er infolge der früheren Entscheidung gebunden. Die rechtskräftige Entscheidung stellt fest, daß die in dem Urteil bezeichneten Fälle ein fortgesetztes Delikt bilden; über andere (auch gleichartige) strafbare Handlungen sagt diese Entscheidung nichts aus[2]).

Daraus folgt, daß der spätere Richter in der Beurteilung der neuen Fälle vollkommen frei ist. Verneint er den Deliktscharakter der zur Anklage gestellten Handlungen, so fällt eine Untersuchung über die Identität der Tat von selbst fort. Qualifiziert er diese Fälle als mit den abgeurteilten in Fortsetzungszusammenhang stehend, so hat er damit die bereits abgeurteilten, wie feststeht, als fortgesetztes Delikt angesehen; das Strafklagerecht ist damit auch hinsichtlich der neuen Fälle verbraucht. Nimmt er dagegen an, daß die neuen Fälle mit den bereits abgeurteilten in keinerlei rechtlichem Zusammenhang stehen, so beurteilt er damit die früheren keineswegs anders; sie stellen auch für ihn ein fortgesetztes Delikt dar; mit den neuen zur Anklage gestellten Fällen stehen sie jedoch in keinerlei Zusammenhang, und es kann Verurteilung wegen eines neuen fortgesetzten Delikts oder wegen mehrerer realkonkurrierender Straftaten erfolgen[3]).

---

[1]) Vgl. Kroschel, im Recht 22 (1918) S. 26.

[2]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 210; a.A. Bockshammer, a.a.O., S. 30, 37; vgl. bes. S. 30: „Mit der Annahme der Deliktseinheit ist die Deliktsmehrheit verneint."

[3]) Im Ergebnis ebenso A.F. Berner, a.a.O., S. 491; Heffter, a.a.O., S. 20; Max Berner, a.a.O., S. 98, 99; Glaser, Hdb. II, S. 65; John, a.a.O., II zu § 153; Farnbacher, a.a.O., S. 41, 42; Graf Dohna, a.a.O., S. 206; Löwe-Rosenberg, Vorb. zu § 151 N. 24c; dagegen Stenglein, a.a.O., zu § 263.

Die nach der Urteilsverkündung[1]) begangenen, an sich in den Fortsetzungszusammenhang fallenden Einzelhandlungen konnten nicht Gegenstand der Urteilsfindung sein. Ein Verbrauch des Strafklagerechts hinsichtlich dieser Akte tritt also nicht ein, da der Richter nicht die rechtliche Möglichkeit hat, seine Entscheidung auf diese Handlungen zu erstrecken[2]).

Anders liegt der Fall, wenn z. B. wegen Körperverletzung verurteilt wurde und nach der Urteilsverkündung der Tod des Verletzten eintritt. Hier ist ein Erfolg ohne neue Willensentschließung des Täters eingetreten.

Beim fortgesetzten Delikt ist aber trotz einheitlichen Vorsatzes für jede Einzelhandlung ein neuer Entschluß notwendig; es besteht somit für den erkennenden Richter keine rechtliche Möglichkeit, die nach der Urteilsverkündung liegenden Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen.

Diese neuen strafbaren Einzelhandlungen werden durch die Verkündung des Urteils, sofern dieses Rechtskraft erlangt[3]), mit der Wirkung geschieden, daß sie fortan nur noch selbständig abgeurteilt werden können. „Diese Folge tritt mit Rechtsnotwendigkeit ein, ohne Rücksicht auf Willensentschlüsse, insbesondere den Vorsatz des Angeklagten, kraft Gesetzes, also auch ohne Rücksicht darauf, ob der Angeklagte von der Verkündung des Urteils Kenntnis erhalten hat oder nicht[4]).

2. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf fortgesetztes Delikt bezw. mehrere selbständige Handlungen. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen mehrerer selbständiger Handlungen.

Hierzu hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 15, S. 28, folgendes ausgeführt:

„Wegen zweier selbständiger Straftaten ist gegen den Angeklagten auf Strafe erkannt und dieses Urteil ist in Rechtskraft ergangen. Insoweit ist aber auch der Inhalt dieses rechtskräftigen Urteils für den später erkennenden Richter bei Beurteilung der Frage maßgebend, ob die

[1]) Vgl. RG. 42,372; 51,253; 66,46; Beling, a.a.O., S. 270; Graf Dohna, a.a.O., S. 218.

[2]) Vgl. Ben.-Beling, a.a.O., S. 414; Bockshammer, a.a.O., S. 46.

[3]) Vgl. RG. 51,253; 66,49: Wird ein Rechtsmittel eingelegt, so setzt dasjenige Urteil die Grenze, das in der durch Rechtsmittel hervorgerufenen Aufeinanderfolge als letztes gestaltungsfähig ist im Sinne des § 264 StPO.

[4]) So RG. 51,253.

ihm vorliegende Tat identisch mit der rechtskräftig abgeurteilten ist. Er ist nicht befugt, sich hierbei in direkten Widerspruch mit dem früheren Urteil zu setzen und abweichend von diesem und in den Bestand desselben eingreifend, festzustellen, daß diese rechtskräftig für selbständige, je als durch verschiedene Handlungen begangen erachteten Straftaten dieser Selbständigkeit entbehren und nur unselbständige Bestandteile eines von ihm als vorhanden angenommenen anderweiten Delikts seien"[1]).

Aus diesen Ausführungen ist zu entnehmen, daß auch nach Ansicht des Reichsgerichts die Identität der Tat durch das frühere rechtskräftige Urteil bestimmt wird.

Indem der frühere Richter die zur Anklage gestellten Fälle als selbständige strafbare Handlungen qualifiziert, bestimmt er die Tat i. S. des § 264 StPO.; denn mit dieser rechtlichen Qualifikation hat er den Gegenstand der Urteilsfindung in bestimmter Weise begrenzt. Bei der Feststellung der Identität der Tat zwischen dem früheren rechtskräftigen Urteil und einer neuen Anklage ist also von dem früheren Urteil auszugehen. Es steht rechtskräftig fest, daß die abgeurteilten Handlungen selbständiger Natur sind. Diese Feststellung des früheren Urteils bindet den später erkennenden Richter.

Ueber Beziehungen zu anderen Handlungen ist damit nichts ausgesagt. Daraus folgert Höpfner[2]), der spätere Richter könne annehmen, daß ein früher erörterter Einzelakt mit den neuen Fällen ein fortgesetztes Delikt bildet.

Auch nach Ansicht Höpfners (a.a.O.) kann der später erkennende Richter keinesfalls annehmen, daß die bereits abgeurteilten Handlungen ein fortgesetztes Delikt darstellen. Aber auch in dieser Beschränkung ist die Annahme Höpfners nicht zutreffend.

Wollte der spätere Richter annehmen, daß einer oder mehrere der neuen Fälle mit den bereits abgeurteilten ein fortgesetztes Delikt bildet, so hätte er die abgeurteilten Fälle als fortgesetztes Delikt anzusehen. Es ist jedoch bindend festgestellt, daß die abgeurteilten Straftaten in realer Konkurrenz zueinander stehen.

Der spätere Richter ist aber ebensowenig in der Lage anzunehmen, daß eine Einzelhandlung der bereits abgeurteilten Straftat mit den neuen Fällen ein fortgesetztes Delikt bildet[3]); mit einer solchen Feststel-

---

[1]) Ebenso RG. 47,401; Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24 c; Farnbacher, a.a.O., S. 46,47; dagegen Höpfner, a.a.O. S. 211; Doerr, Ger. S. 71, S. 220, 221; Bockshammer, a.a.O., S. 31, 49, 50.

[2]) a.a.O., S. 211.

[3]) Dagegen Höpfner, a.a.O., S. 211; Bockshammer, a.a.O., S. 49, 56, 57.

lung würde er diese Einzelhandlung als unselbständigen Bestandteil eines fortgesetzten Delikts qualifizieren; die Selbständigkeit der Einzelakte ist jedoch rechtskräftig festgestellt. Diese Entscheidung hat der spätere Richter seiner Identitätsprüfung zugrunde zu legen.

In der Beurteilung der neuen Fälle ist der spätere Richter in keiner Weise gebunden; er kann sie als selbständige, oder als untereinander in Fortsetzungszusammenhang stehende Straftaten beurteilen[1]).

Das Strafklagerecht ist also nur hinsichtlich der im Eröffnungsbeschluß genannten Einzelhandlungen verbraucht.

3. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen eines Einzeldelikts.

Bei der Behandlung dieses Falles macht es keinen Unterschied, ob der Eröffnungsbeschluß auf ein fortgesetztes Delikt, mehrere selbständige Handlungen oder auf ein Einzeldelikt lautet.

Nahm der Eröffnungsbeschluß ein fortgesetztes Delikt an und findet der Richter, daß nur einer der Fälle, die der Eröffnungsbeschluß im Auge hatte, sich als eine strafbare Handlung darstellt, so ist Freisprechung hinsichtlich der anderen Fälle geboten[2]). Lautet der Eröffnungsbeschluß auf mehrere selbständige Handlungen und findet der Richter, daß sich nur ein Fall als strafbare Handlung darstellt, so ist wegen der übrigen Fälle freizusprechen.

Das Reichsgericht[3]) führt zum vorliegenden Falle folgendes aus:

„Der Eröffnungsbeschluß, auf dem das Urteil beruht, hatte nur einen Betrug zum Gegenstande und im Urteil hat das Gericht diesen Betrug nicht als Teil einer abzuurteilenden Gesamttat aufgefaßt, sondern ist nur von dem erwähnten Sch. die Rede. Nirgends aber findet sich eine Andeutung, daß das Gericht diesen Fall nicht als selbständige abgeschlossene Handlung, sondern nur als Glied einer Kette auffasse und bestraft haben wolle. Demnach war die Feststellung im späteren Urteil, der Vorsatz des Angeklagten habe schon bei dem Betrug zum Nachteile des Sch. sich weiter erstreckt als im früheren Urteile angenommen und habe insbesondere die ganze Reihe der jetzt unter Anklage gestellten Täuschungen und Vermögensbeschädigungen mitumfaßt, nur auf Grund neuer Prü-

---

[1]) Ebenso Farnbacher, a.a.O., S. 45.

[2]) Vgl. RG. im Recht 1917 Nr. 1062; vgl. hierzu Weber, in J.W. 1933, S. 408 ff., Golzen, D.R.Z., S. 51 ff., 931.

[3]) RG. 26,164.

fung des bereits durch rechtskräftiges Urteil erledigten früheren Falles möglich — somit unstatthaft"[1]).

Mit dieser Entscheidung ist der vom Reichsgericht aufgestellte Satz, daß die Strafklage insoweit verbraucht sei, als das Recht und die Pflicht des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reiche, durchaus vereinbar.

Zwar hätte der früher erkennende Richter die rechtliche Möglichkeit gehabt, weitere Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen, wenn er diese Einzelhandlungen als Teil eines fortgesetzten Delikts angesehen hätte. Allein dies ist nicht geschehen und insoweit werden etwaige Mängel durch das rechtskräftige Urteil geheilt.

Nur dann liegt ein und dieselbe Tat zwischen dem früheren rechtskräftigen Urteil und einer späteren Anklage vor, wenn diejenige Tat, welche das frühere Urteil als strafbare Handlung qualifiziert, dieselbe Handlung im materiellrechtlichen Sinne ist, wegen der der Angeklagte früher schon einmal verurteilt wurde. Insofern ist also auch der Satz, daß die Identität der Tat zwischen der Anklage und dem früheren Urteil dasselbe sei, wie die Identität der Tat zwischen dem früheren rechtskräftigen Urteil und einer neuen Anklage nicht zutreffend[2]).

Das frühere rechtskräftige Urteil stellt fest, was Gegenstand der Urteilsfindung war und trifft damit zugleich bindende Feststellungen für die Identität der Tat zwischen dem früheren Urteil und der neuen Anklage. Für die Bestimmung der Identität der Tat ist daher nicht maßgeblich, was der früher erkennende Richter zum Gegenstand der Urteilsfindung *hätte machen können* und nicht allein maßgeblich, was er tatsächlich zum Gegenstand der Urteilsfindung *gemacht hat*; es ist vielmehr zu untersuchen, ob der frühere Richter *auch bei der von ihm vorgenommenen rechtlichen Qualifikation noch andere strafbare Handlungen zum Gegenstand seiner Urteilsfindung hätte machen können*.

Lautet die Entscheidung des früheren Richters auf Verurteilung wegen fortgesetzten Delikts, so hätte er auch, wenn er tatsächlich nur einige Fälle abgeurteilt hat, alle anderen, die mit den abgeurteilten in Fortsetzungszusammenhang stehen, zum Gegenstand der Urteilsfindung machen können.

---

[1]) Ebenso RG. 54, 285; Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24c; Farnbacher, a.a.O., S. 43, 44; dagegen Höpfner, a.a.O., S. 211; Beling, RStPr., S. 267, Anm. 1; Bockshammer, a.a.O. S. 57; und zwei unveröffentlichte Urteile des RG. s. Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24c.

[2]) Vgl. die Ausführungen auf S. 30 ff.

Hat der frühere Richter aber (wie im vorliegenden Fall) wegen einer selbständigen Handlung verurteilt, so ist damit auch die rechtliche Möglichkeit, andere Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen, fortgefallen. Durch die Annahme des früheren Richters, daß es sich nicht um ein fortgesetztes Delikt handle, hat er sich der rechtlichen Möglichkeit begeben, weitere Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen. War diese Annahme unrichtig, so ist sie durch das formell rechtskräftige Urteil geheilt.

Hat das frühere rechtskräftige Urteil wegen einer einzelnen strafbaren Handlung verurteilt, so ist damit rechtskräftig festgestellt, daß diese Handlung ein selbständiges Delikt ist[1]).

Gegen diese Entscheidung führt Höpfner folgendes aus:

„Ueber das Verhältnis zu anderen Vorgängen steht garnichts fest. Das frühere Urteil stellt nicht rechtskräftig fest, daß der Vorsatz des Angeklagten sich nicht über eine gewisse Grenze hinaus erstrecke; träfe es eine solche Feststellung, so wäre sie als bloßer Entscheidungsgrund der Rechtskraft unfähig; wenn aber in dem früheren Verfahren von anderen gleichartigen Handlungen gar nicht die Rede gewesen ist, so hat es dem früheren Richter gänzlich ferngelegen, eine derartige Feststellung treffen zu wollen und man legt, wenn man dies behauptet, einfach etwas in das Urteil hinein. Diesen Fehler begehen das Reichsgericht und Farnbacher"[2]).

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.

Wollte der spätere Richter ein fortgesetztes Delikt annehmen, und infolge dieser Feststellung das Verfahren wegen Verbrauchs des Strafklagerechts einstellen, so wäre er gezwungen, die Tat des früheren rechtskräftigen Urteils als einen Bestandteil, als Glied einer Kette eines fortgesetzten Delikts anzunehmen. Dies wäre jedoch nur möglich, wenn er diese Tat, nicht wie rechtskräftig festgestellt und insoweit den späteren Richter bindend, als unselbständigen Bestandteil eines fortgesetzten Delikts qualifiziert. Es ist aber rechtskräftig festgestellt, daß die abgeurteilte Handlung selbständiger Natur ist.

Mittelbar hängt zwar damit zusammen, daß das frühere Urteil nur einfachen Vorsatz des Angeklagten angenommen hat, der spätere Richter weitergehend einheitlichen Vorsatz annehmen wollte. Das frühere Urteil konnte sich aber nicht in dieser Weise mit der Vorsatzfrage befassen. Es ist also nicht von dieser negativen Bindungswirkung auszugehen, sondern von der positiven rechtskräftigen Feststellung, daß die abgeur-

[1]) Insoweit ebenso Höpfner, a.a.O., S. 210.

[2]) So Höpfner, a.a.O., S. 210; dagegen Farnbacher, a.a.O., S. 43, 44.

teilte Straftat eine selbständige Handlung darstellt. Mit dieser rechtlichen Qualifikation der Tat durch den früheren Richter darf sich aber der spätere Richter nicht in Widerspruch setzen.

Das Strafklagerecht ist also nur hinsichtlich der bereits abgeurteilten Einzelhandlung verbraucht.

4. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf fortgesetztes Delikt, das Urteil lautet auf Freisprechung.

Das Reichsgericht[1]) führt hierzu folgendes aus:

„Das LG. hat den durchgreifenden Unterschied übersehen, der durch die Freisprechung (gegenüber der Verurteilung) für die Behandlung der Frage nach dem Verbrauch der Strafklage begründet. Die erste Voraussetzung für die Annahme einer fortgesetzten Straftat ist, daß überhaupt eine Straftat vorliegt. *Nur strafbare Einzelhandlungen können zu dem Rechtsbegriff einer fortgesetzten Straftat zusammengefaßt werden.* Eine Mehrheit nicht strafbarer Handlungen ist für das Strafrecht etwas Gleichgültiges; sie können weder unter sich, noch mit anderen Handlungen — seien diese strafbar oder nicht — eine fortgesetzte strafbare Handlung bilden"[2]).

In dieser Entscheidung wird dann weiter ausgeführt, daß die Verurteilung wegen fortgesetzten Delikts das Strafklagerecht in bestimmter Weise verbrauche; dabei wird der Verbrauch des Strafklagerechts beim fortgesetzten Delikt mit dem Klageverbrauch beim Kollektivdelikt verglichen. Da der Klageverbrauch hinsichtlich der Verurteilung in beiden Fällen in gleicher Weise erfolge, so sei ohne weiteres anzunehmen, daß hinsichtlich der Freisprechung von einem Kollektivdelikt im Vergleich zur Freisprechung von einem fortgesetzten Delikt dieselben Grundsätze zu gelten haben. Die rechtliche Wirkung bezüglich des Klageverbrauchs sei insoweit gleich zu behandeln, als, abgesehen von der Qualifikation „Kollektivdelikt" in beiden Fällen die Klage nur bezüglich derjenigen Handlungen verbraucht sei, welche in der Anklage vorgebracht und damit oder sonst Gegenstand der Verhandlung geworden seien.

---

[1]) RG. 47,399.

[2]) Ebenso Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24c; Höpfner, a.a.O., S. 212; dagegen Beling, RStrPr., S. 267; J. W. 54, 1010; J. W. 1931, S. 216 Anm. zu Nr. 24; Farnbacher, a.a.O., S. 48; Bockshammer, a.a.O., S. 34, 35, 59, 60; von Lilienthal, J. W. 1921, S. 846, Anm. 7; Kern, J. W. 1933, S. 456, Anm. 47.

Es wird dann weiter ausgeführt, daß wenn bei Einzelhandlungen der Fortsetzungszusammenhang verneint wird, und die Einzelfälle als selbständige Handlungen Gegenstand der Verurteilung werden, es völlig klar sei, daß die Strafklage hinsichtlich solcher Handlungen nicht verbraucht sei, die dem früheren Richter nicht bekannt gewesen, also auch nicht zur Aburteilung gelangt seien.

„Wenn der frühere Richter aber nicht allein den Fortsetzungszusammenhang, sondern auch die Schuld selbst verneint hat, so muß vollends das gleiche gelten"[1]).

Beling[2]) hat diese Begründung in mehreren Punkten angegriffen.

Seinen Ausführungen über die Wirkung der materiellen Rechtskraft[3]) kann nicht beigetreten werden.

Wir haben nachzuweisen versucht, daß auch die juristische Qualifikation der Tat, d. h. die Feststellung der Schuld des Angeklagten, in Rechtskraft erwächst und den späteren Richter hinsichtlich der Identitätsfrage bindet; eine Beschränkung der Rechtskraft darauf, daß der Richter nur gehindert sein soll, sich nochmals mit der Sache als einer abermals zu entscheidenden zu befassen[4]), ist damit abzulehnen.

Wenn Beling für die Begründung seiner Ansicht über die Rechtskraftwirkung den Fall anführt, daß, wenn A freigesprochen, B wegen Anstiftung des A verurteilt werden könne, so ist dem zu entgegen: Die Rechtskraftwirkung, auch wie sie vom Reichsgericht angenommen wird, gilt nur zwischen den Parteien; die Rechtskraftwirkung im Zusammenhang mit der Identität der Tat setzt aber Identität der Parteien voraus.

Beling geht wie das Reichsgericht von dem Grundsatz aus, die Rechtskraft reiche so weit, wie das Recht und die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Aburteilung reicht.

Tat im prozessualen Sinne als „historisches Ereignis" bedeute aber nicht die strafbare Tat, sondern die hypothetisch strafbare, die als Straftat in Betracht kommende, ganz unabhängig davon, ob die „Tat" wirklich geschehen sei, oder ob sie eine strafbare Handlung darstelle. Daraus ergebe sich, daß zum Prozeßgegenstand „fortgesetztes Delikt" alle hypothetisch als mit dem „Urbestandteil" in Fortsetzungszusammenhang stehend hinzuzunehmen seien.

---

[1]) So RG. 47,399; ebenso RG. in D.J.Z. 02, S. 250.
[2]) J.W. 1931, S. 216 Anm. zu Nr. 24.
[3]) a.a.O., S. 216.
[4]) So Beling, a.a.O., S. 216; vgl. aber die Ausführungen auf S. 22, 23 d. A.

Während nun das Reichsgericht ganz im Einklang mit diesen Gedankengängen die im Erstprozeß erfolgte Verurteilung mit umfassender Rechtskraft für das Ganze ausstatte, versage es diese der Freisprechung. Dies sei nur möglich, wenn in den Fällen der Freisprechung „das Recht und die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Aburteilung" nicht die gleichumfassende war, wie dann, wenn es zu einer Verurteilung gekommen sei[1]).

Den Grund hierfür findet Beling in einer unausgesprochenen Theorie des Reichsgerichts, die er folgendermaßen formuliert:

„Wo es sich um ein fortgesetztes Delikt handelt, hat das Gericht nicht wie sonst von vornherein die Aufgabe, dem historischen Ereignis als Ganzem nachzuspüren, sondern es hat vorerst lediglich die Aufgabe, die in der Klage genannten Einzelhandlungen zu würdigen. Ergibt sich diese als nicht strafbar, so hat das Gericht seine Aufgabe erledigt. Ergibt sie sich als im Sinne eines fortgesetzten Delikts strafbar, so ist nach weiteren dazugehörigen Handlungen Umschau zu halten"[2]).

Die Folgerichtigkeit der reichsgerichtlichen Anschauung[3]) ergibt sich jedoch aus einem anderen Grunde.

Wie Beling mit Recht bemerkt, muß der Unterschied in der Behandlung der freisprechenden und der verurteilenden Entscheidung darin liegen, daß „das Recht und die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Aburteilung" nicht die gleichumfassende ist wie bei der verurteilenden Entscheidung.

Lautete der Eröffnungsbeschluß auf ein fortgesetztes Delikt, und hat der Richter zunächst angenommen, es handle sich um ein solches, hat er aus diesem Grunde weitere, im Eröffnungsbeschluß nicht genannte Handlungen zum Gegenstand der Untersuchung gemacht, so kann er, wenn sich im Laufe der Hauptverhandlung herausstellt, daß z. B. ein einheitlicher Vorsatz des Angeklagten nicht vorliegt, die hinzugenommenen Handlungen nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung machen; denn mit der Verneinung des einheitlichen Vorsatzes sind sie als Gegenstand der Untersuchung fortgefallen. Mit dieser Untersuchung sind jedoch die hypothetisch hinzugenommenen Handlungen nicht rechtshängig geworden[4]).

Das gleiche gilt im Falle der Freisprechung.

---

[1]) a.a.O., S. 217.
[2]) a.a.O., S. 217.
[3]) Die Richtigkeit und Notwendigkeit des reichsgerichtlichen Satzes unterstellt.
[4]) Ebenso RG. 66,22.

Lautete der Eröffnungsbeschluß auf ein fortgesetztes Delikt in den Fällen a, b, c, d und nimmt der Richter als hypothetisch mit ihnen im Fortsetzungszusammenhang stehend die Fälle e, f, g dazu, findet jedoch im Laufe der Hauptverhandlung, daß die Fälle a, b, c, d keine strafbaren Handlungen darstellen, so sind damit die Fälle e, f, g (rückwirkend) als Gegenstand der Untersuchung fortgefallen.

Lautete der Eröffnungsbeschluß auf ein fortgesetztes Delikt, begangen in einer bestimmt abgegrenzten Zeit, und nimmt der Richter wiederum einige Handlungen als hypothetisch mit den während dieser Zeit begangenen strafbaren Handlungen in Fortsetzungszusammenhang stehend an, findet aber im Laufe der Hauptverhandlung, daß die in der angeführten Zeit liegenden Handlungen nicht strafbar sind, so fallen damit die hypothetisch dazugenommenen Handlungen (die vor oder nach dieser im Eröffnungsbeschluß genannten Zeit liegen) als Gegenstand der Urteilsfindung fort.

Anders ist es nur, wenn der „Urbestandteil" straflose und strafbare Handlungen enthält; dann sind Gegenstand der Urteilsfindung auch die im Eröffnungsbeschluß nicht bezeichneten Handlungen, sofern der Richter die im Eröffnungsbeschluß genannten Handlungen, soweit sie strafbar sind, und die hinzugenommenen als untereinander in Fortsetzungszusammenhang stehend ansieht. Eine Freisprechung bezüglich der nichtstrafbaren Handlungen hat nicht zu erfolgen.

Während der Richter bei der Verurteilung wegen fortgesetzten Delikts die Möglichkeit hatte, weitere Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen, besteht für ihn diese Möglichkeit bei der Verneinung der Schuldfrage nicht. Durch die rechtliche Qualifikation „nichtstrafbare Handlung" ist die Identität der Tat für den späteren Richter bindend festgelegt; durch die Verneinung der Schuld[1]) konnten keine anderen Handlungen zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden.

Ein Verbrauch des Strafklagerechts findet nur hinsichtlich der bereits abgeurteilten, im Eröffnungsbeschluß genannten Handlungen statt.

Diese Begründung ergibt sich aus den Ausführungen des Reichsgerichts, daß mit nichtstrafbaren Handlungen keine anderen strafbaren Handlungen in Fortsetzungszusammenhang stehen können.

Es ist aber noch der Einwand zu widerlegen, daß es sich bei den in dem freisprechenden Urteil bezeichneten Vorgängen in Wirklichkeit um

[1]) Ebenso bei Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit und bei Nichterweislichkeit.

Straftaten handle, so daß also die neuen zur Anklage gestellten Fälle mit den abgeurteilten in Fortsetzungszusammenhang stehen könnten[1]).

Durch das freisprechende Urteil steht rechtskräftig fest, daß die abgeurteilten Fälle keine strafbaren Handlungen darstellen. Diese Feststellung bindet den späteren Richter. Wollte der Richter die neuen zur Anklage gestellten Fälle als mit den früheren zusammen oder mit einzelnen von ihnen in Fortsetzungszusammenhang stehend ansehen, so müßte er diese Fälle als strafbare Handlungen qualifizieren. Das frühere rechtskräftige Urteil hat aber bindend festgestellt, daß die abgeurteilten Fälle nicht strafbar sind.

Ein Verbrauch des Strafklagerechts tritt also nur bezüglich der im Eröffnungsbeschluß genannten Fälle ein[2]).

Ebenso ist zu entscheiden, wenn die Anklage auf eine oder mehrere selbständige Handlungen lautete und Freisprechung erfolgte. Der spätere Richter kann die neuen zur Anklage gestellten Fälle nicht als mit den bereits abgeurteilten in Fortsetzungszusammenhang stehend ansehen[3]).

5. Das frühere rechtskräftige Urteil hat die Aburteilung der dem späteren Richter vorliegenden Fälle ausdrücklich abgelehnt, weil sie nach Ansicht des früheren Richters im Verhältnis zu den abgeurteilten selbständige Handlungen darstellen[4]).

Das Reichsgericht nimmt an, daß diese Feststellung des früheren Urteils den späteren Richter binde, der über diese nicht mitabgeurteilten Fälle zu entscheiden habe. Der spätere Richter könne nicht annehmen, daß die neuen Fälle unselbständige Einzelakte des bereits abgeurteilten fortgesetzten Delikts darstellen[5]).

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden.

Es steht dem früheren Richter frei, festzustellen, daß einzelne Handlungen zu den im Eröffnungsbeschluß genannten nicht in Fortsetzungs-

---

[1]) Vgl. Bockshammer, a.a.O., S. 59, 60.

[2]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 212; dagegen Farnbacher, a.a.O., S. 48; Bockshammer, a.a.O., S. 59, 60.

[3]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 212; Farnbacher, a.a.O., S. 50.

[4]) Von Bedeutung wird dieser Fall nur, wenn wegen eines fortgesetzten Delikts verurteilt wurde und das Gericht festgestellt hat, daß einzelne nicht im Eröffnungsbeschluß genannte Fälle zu den abgeurteilten in realer Konkurrenz stehen.

[5]) Vgl. RG. 35,1; dagegen Höpfner, a.a.O., S. 211, 212; Doerr, Ger.S. 71, 211 ff.; Bockshammer, a.a.O., S. 32, 56.

zusammenhang stehen, daß es sich vielmehr um selbständige Straftaten handle, und das Gericht aus diesem Grunde die Handlungen nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung machen könne (§ 266 StPO.). Aber diese Feststellung erwächst nicht in Rechtskraft; sie bindet deshalb den späteren Richter nicht[1]).

Nur die Feststellung, A wird wegen fortgesetzten Diebstahls . . . . . verurteilt, erwächst in Rechtskraft und bindet den späteren Richter.

Der spätere Richter kann nicht annehmen, daß die im Urteil genannten Fälle untereinander nicht in Fortsetzungszusammenhang stehen. Hinsichtlich anderer Fälle steht nichts rechtskräftig fest. In dem früheren Urteil wurden zwar die dem späteren Richter zur Aburteilung vorliegenden Handlungen als selbständige, gegenüber den im Eröffnungsbeschluß genannten, bezeichnet; diese Feststellung ist jedoch nur Entscheidungsgrund dafür, daß nur die abgeurteilten Fälle zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht wurden.

Wie Höpfner[2]) mit Recht bemerkt, handelt es sich dabei nicht einmal um einen Entscheidungsgrund für die Sachentscheidung[3]), sondern nur um einen Entscheidungsgrund dafür, welche Handlungen das Gericht zum Gegenstand bezw. nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht hat (Prozeßentscheidungsgrund).

Der spätere Richter ist in keiner Weise hinsichtlich der im früheren Urteil nicht entschiedenen Fälle gebunden. Er kann vielmehr feststellen, daß die ihm vorliegenden Handlungen mit den bereits abgeurteilten in Fortsetzungszusammenhang stehen. Nimmt er dies an, so ist das Strafklagerecht bezüglich der neuen Fälle verbraucht.

Nimmt der spätere Richter Unterbrechung des Vorsatzes an, so ist er nicht gehindert, die neuen Fälle als fortgesetztes Delikt oder als mehrere strafbare Handlungen anzusehen[4]).

§ 10. Ne bis in idem und das Kollektivdelikt.

Das Reichsgericht geht wie beim fortgesetzten Delikt von dem Satze aus: „Der Grundsatz ne bis in idem reicht so weit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte."

---

[1]) Ebenso Bockshammer, a.a.O., S. 32; Höpfner, a.a.O., S. 212.
[2]) a.a.O., S. 212.
[3]) Vgl. § 267 StPO.
[4]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 212; Bockshammer, a.a.O., S. 32, 56; Doerr, a.a.O., S. 221 ff.

Die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage ist beim Kollektivdelikt dieselbe wie beim fortgesetzten Delikt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit Tatbestandsmerkmal oder Qualifikationsgrund ist[1]).

Lautet also der Eröffnungsbeschluß auf ein Kollektivdelikt, so umfaßt er ohne weiteres sämtliche Einzelhandlungen, die mit den im Eröffnungsbeschluß bezeichneten „Ausfluß der gleichen Lebensrichtung" sind[2]).

Lautete der Eröffnungsbeschluß auf eine oder mehrere strafbare Handlungen (Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als Qualifikationsgrund), so ist der Richter an diese rechtliche Beurteilung nicht gebunden; findet er, daß es sich um ein Kollektivdelikt handelt, so hat er das Recht und die Pflicht, auch solche Handlungen, die nicht im Eröffnungsbeschluß genannt sind, und die „Ausfluß der gleichen Lebensrichtung" sind, zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen[3]).

Wir haben beim fortgesetzten Delikt gesehen, daß die Identität der Tat in bestimmter Weise durch den früheren Richter festgelegt wird. Was der frühere Richter zum Gegenstand der Aburteilung gemacht hat, ist die Tat i. S. des § 264 StPO. Wie beim fortgesetzten Delikt ist auch beim Kollektivdelikt die rechtskräftige Feststellung des früheren Urteils für den späteren Richter bindend.

Das Strafklagerecht ist also nur insoweit verbraucht, als die bereits abgeurteilten Fälle, in ihrer durch das rechtskräftige Urteil festgelegten rechtlichen Qualifikation, und die erneut zur Anklage gestellten ein und dieselbe Tat bilden.

---

[1]) RG. 7,34 ff.

[2]) RG. 7,34 ff.

[3]) Vgl. RG. 7,34,229; 33,12; 66,26; ebenso Löwe-Rosenberg zu § 264 N. 3e, Vorbem. zu § 151 N. 24c; von Kries, a.a.O., S. 569, 599; Ben.-Beling, a.a.O., S. 212.

Einzelfälle.

1. Die frühere rechtskräftige Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen Kollektivdelikt (Tatbestandsmerkmal oder Qualifikationsgrund).

Das Reichsgericht führt in seiner Entscheidung[1]) folgendes aus:

„Soweit das Recht des Gerichts reicht, seine Entscheidung zu erstrecken, soweit reicht der Grundsatz ne bis in idem ohne Unterschied, ob die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit Tatbestandsmerkmal oder nur Qualifikationsgrund ist. Alle Einzelfälle, welche in Gemäßheit des § 264 StPO. aus dem Gesichtspunkte des unter Anklage gestellten Kollektivvergehens in den Kreis der Entscheidung hätten gezogen werden können, sind durch das Urteil erledigt, das Gericht mag sie gekannt haben oder nicht. Einer weiteren Verfolgung bezw. Aburteilung steht, weil sie infolge der Deliktseinheit unter den Begriff Identität der Tat fallen, der Grundsatz ne bis in idem, also der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen". „Ob einzelne Momente der zu beurteilenden Tat wirklich berücksichtigt sind, ob sie wegen mangelnder Kunde von ihrem Vorhandensein nicht berücksichtigt werden konnten, oder ob sie wegen Irrtums über das anzuwendende Strafgesetz oder über den Umfang des Rechts zur Aburteilung außer Betracht geblieben sind, ist für die Anwendung jenes Grundsatzes unerheblich. Die Bestrafung wegen eines Gesamtvergehens erledigt mithin alle in die Zeit vor der Aburteilung fallenden Einzelhandlungen"[2]).

Gegen die Ansicht des Reichsgerichts wendet sich vor allem von Kries[3]), der bei der Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts einen Verbrauch des Strafklagerechts nur in dem Umfange annimmt, als eine tatsächliche Aburteilung stattgefunden hat. Eine vollkommene Gleichstellung des Einzeldelikts und des Kollektivdelikts hinsichtlich des Verbrauchs der Strafklage sei nicht zulässig, da sonst wie beim Einzeldelikt ein erst nach dem Urteil eingetretener Erfolg der bereits abgeurteilten Handlung nicht Gegenstand einer neuen Anklage sein könne, auch beim Kollektivdelikt die nach dem Urteil liegenden Akte, welche die Gewerbs-

---

[1]) RG. 7,34 ff.

[2]) So RG. 7,230; ebenso RGR. 7,670; RG. 24,420; 28,284; 41,110; 47,400; 66,26; RG. J.W. 1925, S. 1010 Nr. 73; Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24c.

[3]) a.a.O., S. 599, 600.

mäßigkeit an sich tragen, von der verbrauchenden Wirkung des Urteils umfaßt würden.

Der spätere Erfolg gehört aber nur auf Grund des Kausalzusammenhangs zu der bereits abgeurteilten Handlung. Bei den nach dem Urteil liegenden Einzelakten eines Kollektivdelikts handelt es sich aber immer um neue Willensentschließungen, die der frühere Richter weder tatsächlich noch rechtlich zum Gegenstand der Urteilsfindung machen konnte. Auch bei der Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts sind also nur die vor der Urteilsverkündung liegenden Einzelakte einer neuen Anklage entzogen[1]).

Gegenstand der Urteilsfindung sind alle Einzelakte, die zusammen mit den im Eröffnungsbeschluß bezeichneten ein Kollektivdelikt bilden.

Der frühere Richter hat rechtskräftig festgestellt, daß die Tat i. S. des § 264 StPO. ein Kollektivdelikt ist, und diese Feststellung bindet den späteren Richter. Findet er, daß die neuen im Eröffnungsbeschluß genannten Fälle das Tatbestandsmerkmal der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit enthalten, so hat er das Verfahren wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung einzustellen, denn auch diese Fälle hätten bei Annahme eines Kollektivdelikts Gegenstand der Urteilsfindung sein können.

Findet der später erkennende Richter, daß (Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als Qualifikationsgrund) die ihm zur Aburteilung vorliegenden Fälle zwar strafbare Handlungen sind, aber nicht das Merkmal der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit an sich tragen, so ist er nicht gehindert, sie als einfache strafbare Handlungen zur Aburteilung zu bringen[2]).

Die Prüfungsfreiheit des später erkennenden Richters geht nur so weit, als er sich in seiner Entscheidung mit der rechtlichen Beurteilung der früheren Fälle nicht in Widerspruch setzt.

Es steht rechtskräftig fest, daß die im früheren Urteil bezeichneten Fälle strafbare Handlungen sind, und daß sie das Merkmal der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit an sich tragen. Wenn der später erkennende Richter hinsichtlich der neuen Fälle feststellt, daß sie strafbare Handlungen darstellen (Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als Qualifikationsgrund), aber nicht gewohnheits- oder gewerbsmäßig begangen sind, so berührt er damit die frühere rechtskräftige Entscheidung in keiner Weise; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß

---

[1]) Vgl. RG. 42, 374; und die Ausführungen auf S. 40 d. A.

[2]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 206; a.A. Bockshammer, a.a.O., S. 30, 37.

während eines bestimmten Zeitraumes begangene strafbare Handlungen zwar gleichartige, aber in einem Falle gewerbsmäßige, im anderen Falle nicht gewerbsmäßig begangene strafbare Handlungen darstellen[1]).

Als Ergebnis ist hiernach festzustellen:

Erfolgte in der früheren Entscheidung Verurteilung wegen gewerbs-, geschäfts- oder gewohnheitsmäßigen Delikts (Tatbestandsmerkmal), so ist, wenn der später erkennende Richter die im Eröffnungsbeschluß genannten Fälle als strafbare Handlungen ansieht, (bei Bejahung der Gewerbs-, Geschäfts- oder Gewohnheitsmäßigkeit) die Strafklage bezüglich der neuen Fälle verbraucht; findet er, daß die neuen Fälle nicht strafbar sind, dann hat er freizusprechen.

Erfolgte in der früheren Entscheidung Verurteilung wegen eines gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Delikts (Qualifikationsgrund), und findet der spätere Richter, daß die neuen Straftaten ebenfalls gewohnheits- oder gewerbsmäßig begangen sind, so ist die Strafklage hinsichtlich dieser neuen Akte verbraucht. Er ist aber auch nicht gehindert festzustellen, daß bei den neuen Fällen Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit nicht vorliegt, es sich also nur um ein einfaches Delikt handelt[2]).

Beim gewohnheitsmäßigen Delikt (Qualifikationsgrund) wird der später erkennende Richter jedoch regelmäßig ebenso wie das frühere Urteil die Gewohnheitsmäßigkeit bejahen; denn bei einem fortwährenden Hang zu wiederholter Begehung strafbarer Handlungen, ist nur in Ausnahmefällen (z. B. bei längerem zeitlichem Zwischenraum) denkbar, daß einzelne Handlungen nicht „Ausfluß dieser Lebensrichtung" sind.

Für den Verbrauch des Strafklagerechts bei einer Verurteilung wegen Kollektivdelikts ist es ohne Bedeutung, ob die Delikte an verschiedenen Orten begangen wurden[3]), oder ob sie mit anderen Straftaten ideell konkurrieren[4]).

---

[1]) Beispiel: X, der sich durch Verkauf von gestohlenen Gegenständen eine Einnahmequelle verschafft und die Absicht hat, diese Handlung wiederholt zu begehen, kauft eine Perlenkette, von der er weiß, daß sie gestohlen ist, um sie zu verschenken.

Ebenso John zu § 153 N. 5 im Erg. Höpfner, a.a.O., S. 191 Anm. 53; RG. 66,22; a.Ans. Bockshammer, a.a.O., S. 30, 36,37.

In vielen Fällen wird jedoch gleichzeitig ein gewohnheitsmäßiges Delikt vorliegen; vgl. z. B. § 260 StGB.

[2]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 206; RG. 66,22.

[3]) Vgl. RG. 24,243.

[4]) Vgl. RG. 7,229; 23,7; 28,283; dagegen Bockshammer, a.a.O., S. 38, 39.

2. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf Kollektivdelikt (Qualifikationsgrund), die Entscheidung lautet auf Verurteilung wegen einer oder mehrerer einfacher strafbarer Handlungen.

Das Reichsgericht führt hierzu[1]) folgendes aus:

„Es handelt sich um die verbrauchende Wirkung eines Urteils, welches die Gewerbsmäßigkeit verneint und nur wegen eines Einzelfalls Strafe verhängt hatte. In einem solchen Falle ist eine Strafverfolgung und Verurteilung wegen eines weiteren in die Zeit vor der Verurteilung fallenden Einzelfalles unbedenklich. Das Urteil des Vorprozesses, soweit es eine Verurteilung enthält, schützt den Angeklagten gegen eine Verfolgung wegen des abgeurteilten Einzelfalls; insoweit die Frage der Gewerbsmäßigkeit verneint ist, verhindert das Urteil eine Verfolgung desselben Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Vergehens aus Handlungen, welche ausschließlich in die Zeit vor dem Urteil fallen[2]). Dagegen sind die Einzelfälle, welche der Richter des Vorprozesses, wenn er sie gekannt hätte, bei Feststellung der Gewerbsmäßigkeit zu berücksichtigen befugt und verpflichtet gewesen wäre, durch die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit nicht zur Aburteilung gelangt"[3]).

Verneint der früher erkennende Richter die Gewerbsmäßigkeit, dann sind Gegenstand der Urteilsfindung nur die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Fälle.

Die Feststellung des früheren Richters, daß die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Vorgänge ein einfaches Delikt darstellen, ist als rechtskräftige Entscheidung anzusehen. Es steht also nicht nur rechtskräftig fest, daß die betreffenden Handlungen strafbar sind, sondern auch, daß sie nicht gewerbsmäßig begangen wurden; denn eine derartige Feststellung war durch die auf Kollektivdelikt lautende Anklage geboten[4]). „Die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit ist Inhalt der Entscheidung, nicht bloße entscheidungsbegründende tatsächliche Feststellung, sie nimmt also an der Rechtskraft teil"[5]).

---

[1]) RG. 23,230 ff.

[2]) Streitig ist, ob in diesen Fällen nur eine nachträgliche Verurteilung wegen einzelner Handlungen oder auch wegen eines Kollektivdelikts eintreten kann; bejaht vom RG. im Recht 24 Nr. 2186; nach Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24c soll die Entscheidung von der besonderen Lage des Falles abhängen; vgl. RG. 66,26.

[3]) Vgl. RG. 66,26.

[4]) Vgl. § 267 Abs. 2.

[5]) So Höpfner, a.a.O., S. 207; a.A. Bockshammer, a.a.O., S. 31, 32, 51, 52.

Aus der vorliegenden Entscheidung ergibt sich, daß das Reichsgericht annimmt (hierin zeigt sich bereits ein bedeutsamer Unterschied zwischen dem fortgesetzten und dem Kollektivdelikt), daß es dem späteren Richter nicht frei steht, die neuen zur Anklage gestellten Fälle als gewerbsmäßiges Delikt zu qualifizieren.

Das Reichsgericht hat eigens ausgeführt, daß das erkennende Gericht bei Verneinung der Gewerbsmäßigkeit nicht befugt ist, andere Einzelhandlungen, die nicht im Eröffnungsbeschluß genannt sind, zum Gegenstande der Aburteilung zu machen, denn die Deliktseinheit der bezeichneten und nicht bezeichneten Einzelfälle sei die Vorfrage für die Erstreckung der Aburteilung[1]).

„Zweifeln kann man aber, ob das Reichsgericht in dieser Beziehung ganz klar ist. Wenn in den betreffenden Entscheidungen gesagt wird, der Eröffnungsbeschluß umfasse von selbst sämtliche Handlungen, in welchen die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Tätigkeit des Beschuldigten gefunden werden kann, so ist dies zweideutig; es kann damit gemeint sein, er umfaßt nicht nur die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten konkreten Vorgänge, sondern vermöge der Deliktseinheit die mit jenen zur Deliktseinheit zusammengehörigen nicht bezeichneten Tätigkeiten; es kann aber auch heißen, wenn wegen Kollektivdelikts das Verfahren eröffnet ist, so umfaßt der Eröffnungsbeschluß alle Tätigkeiten, die die Merkmale des Kollektivdelikts an sich tragen, auch wenn die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Vorgänge sie nicht an sich tragen“[2]).

Es ist nicht anzunehmen, daß das Reichsgericht auf diesem zuletzt angeführten Standpunkte steht; denn beim fortgesetzten wie beim Kollektivdelikt[3]) hat das Reichsgericht stets ausgeführt, daß Gegenstand der Urteilsfindung nur diejenigen Handlungen sind, die mit den im Eröffnungsbeschluß genannten eine Deliktseinheit bilden.

Durch die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit ist vielmehr nach Ansicht des Reichsgerichts rechtskräftig festgestellt, daß alle vor der Urteilsverkündung liegenden Handlungen das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit nicht an sich tragen.

Dieser Ansicht vermögen wir jedoch nicht zu folgen.

Das frühere Urteil kann rechtskräftige Feststellungen nur hinsichtlich der bereits abgeurteilten Fälle treffen. Eine rechtskräftige Feststellung und Bindungswirkung bezüglich nicht abgeurteilter Fälle tritt nicht ein. Die frühere Entscheidung stellt nur rechtskräftig fest, daß die

---

[1]) Vgl. RG. 24,419 ff.; 66,21 ff.

[2]) So Höpfner, a.a.O., S. 207 Anm. 80.

[3]) Vgl. z. B. RG. 47,400; 51,257; 66,22.

abgeurteilten Straftaten nicht gewerbsmäßige strafbare Handlungen sind.

Der später erkennende Richter ist demnach nicht gehindert, die neuen zur Aburteilung vorliegenden Fälle als gewerbsmäßiges Delikt zu qualifizieren[1]); denn damit beurteilt er die früheren Fälle keineswegs anders, auch er sieht sie wie der frühere Richter als einfache Delikte an.

Dies gilt auch grundsätzlich für diejenigen Kollektivdelikte, bei denen die Gewohnheitsmäßigkeit den Qualifikationsgrund bildet. Auch hier ist nur rechtskräftig festgestellt, daß die abgeurteilten Fälle zwar strafbare Handlungen sind, aber das Merkmal der Gewohnheitsmäßigkeit nicht an sich tragen. Eine spätere Verurteilung wegen eines gewohnheitsmäßigen Delikts ist aber nur dann möglich, wenn der spätere Richter infolge besonderer Umstände in der Lage ist anzunehmen, daß das betreffende Delikt in einzelnen Fällen nicht gewohnheitsmäßig, in andern Fällen gewohnheitsmäßig begangen wurde. Als solche besonderen Umstände kämen z. B. in Frage, daß dem früheren Richter nur wenige Fälle vorgelegen haben, der neue Eröffnungsbeschluß dagegen eine große Anzahl von strafbaren Handlungen annimmt, die das Vorliegen einer gewohnheitsmäßigen Begehung rechtfertigt, oder daß zwischen den früheren Fällen und den neuen ein längerer zeitlicher Zwischenraum liegt.

Wollte der spätere Richter ohne eine dahingehende Feststellung die neuen Fälle als Kollektivdelikt qualifizieren, so würde er damit in Widerspruch mit dem früheren Urteil geraten, denn es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß in einigen Fällen ein fortwährender Hang zu wiederholter Begehung eines Delikts besteht, in anderen Fällen diese persönliche Eigenschaft des Täters[2]) nicht vorliegen soll.

Wollte dagegen der spätere Richter das Verfahren wegen Verbrauchs der Strafklage einstellen, dann würde er die bereits abgeurteilten Fälle als gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Delikt anzusehen haben; diese Annahme wäre jedoch auf Grund der rechtskräftigen Feststellungen des früheren Urteils nicht zulässig.

3. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf Kollektivdelikt (Tatbestandsmerkmal), das Urteil lautet auf Freisprechung.

Das Reichsgericht führt in seiner Entscheidung Band 26, S. 299, folgendes aus:

---

[1]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 208; Binding, Abh. II, S. 342; a.A. RG. 23,230; vgl. jedoch S. 55 Anm. 2 d. A.

[2]) Vgl. § 267 Abs. 2 StPO.; § 50 StGB.

„Aus der Natur des in § 294 StGB.[1]) vorgesehenen Kollektivdelikts ergibt sich hiernach, daß durch das freisprechende Urteil die Strafklage wegen der gesamten unter dem Gesichtspunkt des gewerbsmäßigen Handelns fallenden Tätigkeit des Angeklagten bis zum Tage des Urteils verbraucht wurde. Eine vor diesem Tage liegende Tätigkeit, wie sie das jetzige Urteil feststellt, konnte mithin nicht zum Gegenstand einer neuen Anklage wegen des gleichen Kollektivdelikts gemacht werden, gleichviel ob dem Gericht diese Vorgänge bekannt waren oder nicht."

Dieser Entscheidung kann nicht beigetreten werden.

Legt man der Untersuchung den vom Reichsgericht aufgestellten Satz über die Klageänderungsbefugnis zugrunde, so sind bei einem freisprechenden Urteil Gegenstand der Urteilsfindung nur die im Eröffnungsbeschluß genannten Vorgänge; die Untersuchung konnte sich nicht auf andere Handlungen erstrecken, denn hierfür wäre die Deliktseinheit Voraussetzung. Wird aber die Deliktseinheit durch Verneinung der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit beseitigt, so besteht keine Möglichkeit, andere nicht im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen, denn mit straflosen Handlungen können strafbare keine Deliktseinheit bilden[2]).

Das Reichsgericht scheint jedoch in diesem Falle, anders als bei der Freisprechung von einem fortgesetzten Delikt, der Rechtskraft des früheren Urteils eine weitergehende Wirkung beizulegen.

Für den später erkennenden Richter soll rechtskräftig feststehen, daß durch die Verneinung der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit keine vor dem früheren Urteil liegenden Fälle als Kollektivdelikt angesehen werden können. Eine rechtskräftige Feststellung bezüglich solcher Handlungen, die nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung hätten gemacht werden können, ist jedoch nicht möglich.

Das Reichsgericht nimmt an, daß mit der Verneinung der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit rechtskräftig feststehe, der Angeklagte habe bis zur Urteilsverkündung eine derartige Absicht, sich durch wiederholte Begehung eine Einnahmequelle zu verschaffen, nicht nur in den zur Aburteilung gelangten Fällen, sondern ganz allgemein nicht gehabt. Aber eine derartige Feststellung hat das frühere Urteil nicht getroffen; es steht vielmehr nur rechtskräftig fest, daß es sich bei den zur Aburteilung gelangten Fällen um nicht strafbare Vorgänge handelt.

---

[1]) § 294 StGB. alte Fassung.
[2]) Vgl. RG. 47,399.

Ist in dem früheren Urteil eine Freisprechung erfolgt, weil die Tat nicht erweislich war[1]), oder weil die im Eröffnungsbeschluß genannten Vorgänge, abgesehen von der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit, nicht tatbestandsmäßig, nicht rechtswidrig oder nicht schuldhaft begangen sind, so ist für diese Fälle eine rechtskräftige Feststellung hinsichtlich der Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit nicht ergangen. (§ 267 StPO.)

Der spätere Richter ist also in keiner Weise gehindert, die neuen Fälle als Kollektivdelikt zu qualifizieren[2]).

Wollte der spätere Richter annehmen, daß mit den früheren Fällen oder mit einzelnen von ihnen die ihm zur Aburteilung vorliegenden ein Kollektivdelikt bilden, so wäre er an dieser Feststellung durch die Rechtskraft des früheren Urteils gehindert[3]).

Er ist jedoch nicht gehindert festzustellen, daß die neuen Fälle ein Kollektivdelikt bilden. Damit beurteilt er die früheren Fälle nicht anders als der frühere Richter; auch für den späteren Richter stellen die im früheren Urteil genannten Vorgänge straflose Handlungen dar[4]).

Hat der frühere Richter infolge Verneinung der Gewohnheitsmäßigkeit freigesprochen, so kann der spätere Richter die neuen Fälle nur dann als gewohnheitsmäßiges Delikt qualifizieren, wenn er in der Lage ist festzustellen, daß neben den früheren Fällen gewohnheitsmäßig begangene Handlungen möglich sind[5]).

4. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf Kollektivdelikt (Qualifikationsgrund), das Urteil lautet auf Freisprechung.

Das Reichsgericht führt hierzu[6]) folgendes aus:

„Auch hier bildet beim Wegfall der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit nur das konkrete in der Anklage bezeichnete historische Vorkommnis den den Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung bestimmenden Anklagestoff und erst das wirkliche Vorhandensein der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit bringt es kraft der dadurch begründeten Deliktseinheit mit sich, daß auch die in der Anklage nicht bezeichneten historischen Einzelfälle des strafbaren Tuns mitumfaßt und er-

[1]) Insoweit ebenso RG. 66,26 gegen RG. 24,243.
[2]) Bei Nichterweislichkeit ebenso RG. 66,26.
[3]) A.A. Bockshammer, a.a.O., S. 34, 59.
[4]) Ebenso Höpfner, a.a.O., S. 209.
[5]) Vgl. die Ausführungen auf S. 57 d. A.
[6]) RG. 24,419.

griffen werden, weil sie dann nicht mehr als selbständige Straftaten, sondern als bloße Bestandteile der Gesamthandlungen in Betracht kommen. Dementsprechend ist die Wirkung der Rechtskraft eines Urteils, welches die Verurteilung wegen eines gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Delikts ausspricht, eine weitergehende als die der Freisprechung von der Anklage eines solchen Delikts. Die Verurteilung erstreckt sich von selbst auf alle diesem Delikte angehörigen Einzelhandlungen, welche in die Zeit vor dem Urteile fallen und absorbiert somit die Strafklage auch bezüglich der aus dieser Zeit nicht bekannt gewordenen Einzelfälle, während die Freisprechung zwar auch bezüglich dieser letzteren Fälle eine erneute Verfolgung wegen gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Vergehens ausschließt, eine weitere konsumierende Wirkung auf die Strafklage aber nur bezüglich derjenigen konkreten Einzelhandlungen ausüben kann, welche in der Anklage vorgebracht und damit Gegenstand der Aburteilung geworden sind"[1]).

Das Reichsgericht steht hiernach auf dem Standpunkt, daß durch die Freisprechung von der Anklage eines Kollektivdelikts (Qualifikationsgrund) die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit verneint wurde und daß diese Feststellung den späteren Richter binde.

Gegenstand der Urteilsfindung sind bei dem freisprechenden Urteil nur die in der Anklage bezeichneten Handlungen; denn sobald der frühere Richter feststellt, daß eine strafbare Handlung nicht vorliegt, entfällt damit die Möglichkeit, weitere Fälle zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen. Das Strafklagerecht ist also nur hinsichtlich der im Eröffnungsbeschluß genannten Vorgänge verbraucht.

Das Reichsgericht nimmt jedoch auch hier an, daß durch die Verneinung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit diese Feststellung nicht nur hinsichtlich der abgeurteilten Fälle getroffen, sondern daß damit diese persönliche Eigenschaft des Angeklagten verneint sei und daß diese Feststellung den späteren Richter binde.

Allein eine solche Feststellung, d. h. Verneinung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit, konnte das frühere Urteil nicht treffen.

Wird der Angeklagte von der Begehung eines Kollektivdelikts (Qualifikationsgrund) freigesprochen, so ist dies nur möglich, wenn entweder die Tat nicht erweislich oder die Handlung nicht tatbestandsmäßig, nicht rechtswidrig oder nicht schuldhaft begangen wurde; denn bei Bejahung der Schuld hätte der Angeklagte wegen einfachen Delikts verurteilt werden müssen.

[1]) Ebenso Löwe-Rosenberg, Vorbem. zu § 151 N. 24c; vgl. jedoch S. 55 Anm. 2 dieser Arbeit.

Der frühere Richter konnte sich also mit der Frage der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit in keiner Weise befassen.

Der Eröffnungsbeschluß, der dem früheren Urteil zugrunde lag, lautete zwar auf Kollektivdelikt; es bedarf aber keiner Feststellung in dem Urteil, daß der Umstand (Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit), welcher die Strafbarkeit erhöht, für nicht festgestellt erachtet wurde; denn die Vorschrift des § 267 Absatz 2 i. V. mit Abs. 5 StPO. kann nur den Sinn haben, daß bei Bejahung des Deliktscharakters die strafschärfenden oder strafmildernden Umstände in den Urteilsgründen bejaht oder verneint werden müssen.

Wenn aber das frühere Urteil hinsichtlich der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit keine Feststellungen treffen konnte, so ist der spätere Richter nicht gehindert, die neuen Fälle als Kollektivdelikt zu qualifizieren[1]).

§ 11. Ergebnis.

I. Das Strafklagerecht ist beim fortgesetzten und beim Kollektivdelikt hinsichtlich derjenigen Fälle, die im Eröffnungsbeschluß genannt wurden, verbraucht.

Ob auch bezüglich anderer Fälle, die nicht im Eröffnungsbeschluß genannt oder sonst zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht wurden, die Strafklage verbraucht ist, bestimmt sich danach, ob zwischen den bereits abgeurteilten und den in der neuen Anklage genannten Fällen Identität der Tat besteht.

Bei der Feststellung der Identität der Tat zwischen dem früheren rechtskräftigen Urteil und einer neuen Anklage ist von dem früheren Urteil auszugehen. Die rechtliche Qualifikation der Tat (Schuldfeststellung) durch den früheren Richter ist für den später erkennenden Richter bindend. Der spätere Richter darf sich in seinen Entscheidungsgründen mit dieser rechtlichen Qualifikation nicht in Widerspruch setzen.

Identität der Tat zwischen dem früheren rechtskräftigen Urteil und einer neuen Anklage liegt dann vor, wenn der spätere Richter bei Zugrundelegung dieser rechtlichen Qualifikation Deliktseinheit der neuen Fälle mit den bereits abgeurteilten annehmen kann.

Bei der Verurteilung wegen eines fortgesetzten Delikts ist das Strafklagerecht dann verbraucht, wenn die neuen Fälle nach Ansicht des späteren Richters mit den bereits abgeurteilten eine Deliktseinheit bilden.

Bei der Verurteilung wegen einer oder mehrerer strafbarer Handlungen tritt ein Verbrauch des Strafklagerechts nur bezüglich der im Er-

[1]) Bei Freisprechung wegen Nichterweislichkeit der Tat, ebenso RG. 66,26.

öffnungsbeschluß genannten Handlungen ein, da der spätere Richter infolge der rechtlichen Qualifikation der Tat als Einzeldelikt nicht in der Lage ist, Deliktseinheit der neuen Fälle mit den bereits abgeurteilten anzunehmen.

Auch hinsichtlich der Freisprechung von der Anklage eines fortgesetzten Delikts tritt ein Klageverbrauch nur bezüglich der im Eröffnungsbeschluß genannten Handlungen ein.

Hat der frühere Richter wegen eines fortgesetzten Delikts verurteilt, und hat er einzelne Handlungen deswegen nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht, weil sie nach seiner Ansicht zu dem fortgesetzten Delikt in realer Konkurrenz stehen, so ist hinsichtlich dieser Handlungen das Strafklagerecht dann verbraucht, wenn der spätere Richter diese Fälle als mit den bereits abgeurteilten in Fortsetzungszusammenhang stehend ansieht.

Bei der Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts (Tatbestandsmerkmal) tritt ein Klageverbrauch dann ein, wenn der spätere Richter die neuen Fälle als strafbare Handlungen qualifiziert.

Bei der Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts (Qualifikationsgrund) ist die Strafklage bezüglich der neuen Fälle verbraucht, wenn der spätere Richter findet, daß die neuen Fälle ein Kollektivdelikt darstellen.

Bei der Verurteilung wegen einer oder mehrerer Einzelhandlungen tritt ein Verbrauch des Strafklagerechts bezüglich der neuen Fälle nicht ein.

Wird der Angeklagte von der Begehung eines Kollektivdelikts (Tatbestandsmerkmal) freigesprochen, so ist das Strafklagerecht nur hinsichtlich der in dem früheren Eröffnungsbeschluß genannten Vorgänge verbraucht, da der spätere Richter nicht gehindert ist, in den neuen Fällen ein Kollektivdelikt zu erblicken.

Bei der Freisprechung von der Begehung eines Kollektivdelikts (Qualifikationsgrund) ist das Strafklagerecht nur hinsichtlich der in dem früheren Eröffnungsbeschluß genannten Fälle verbraucht.

II. Der Grundsatz ne bis in idem gilt beim fortgesetzten und beim Kollektivdelikt insoweit, als die in dem früheren rechtskräftigen Urteil genannten Handlungen und die in dem späteren Eröffnungsbeschluß bezeichneten Vorgänge infolge des durch den Fortsetzungszusammenhang oder die Gewerbs-, Gewohnheits- und Geschäftsmäßigkeit begründeten Zusammenhangs eine Deliktseinheit bilden.

Dieser Zusammenhang liegt dann vor, wenn das frühere Urteil ein fortgesetztes oder ein Kollektivdelikt annimmt und der spätere Richter die Deliktseinheit der früheren und der neuen Fälle bejaht.

Lebenslauf.

Ich, Kurt Waller, bin am 19. Februar 1908 als Sohn des Kaufmanns Georg Waller und dessen Ehefrau Pauline, geb. Betz, in Vaihingen a. d. F. (Württemberg) geboren.

Von Ostern 1914 bis Ostern 1920 besuchte ich die Elementar- und Realschule meines Geburtsorts, von September 1920 bis März 1927 die Friedrich-Eugens Oberrealschule in Stuttgart, die ich mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Darauf studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Kiel und Berlin.

Am 6. Februar 1932 bestand ich vor der Prüfungskommission beim Kammergericht zu Berlin die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „voll befriedigend".

Im Sommersemester 1932 und Wintersemester 1932/33 war ich bei der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock als Gasthörer eingeschrieben.

Am 9. August 1932 wurde ich zum Gerichtsreferendar im Bezirke des Kammergerichts ernannt.

Seit dem 16. August 1932 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst. Zur Zeit bin ich beim Landgericht Berlin (Kammer für Handelssachen) zur Ausbildung beschäftigt.